T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

OLAĞANÜSTÜ HALLERDE DEROGASYONA KONU EDİLEMEYEN HAKLAR

HÂLE NUR GÖKDENİZ ERDOĞAN

KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Doç. Dr. Adem Ersin BAYRA

İSTANBUL-2024

ETİK BEYAN

Bu tez çalışmasının tarafıma ait olduğunu, tezin planlamasından başlayarak yazımına kadarki herhangi bir safhada etik dışı sayılabilecek bir davranışım olmadığını, bu tezdeki tüm bilgileri akademik ve etik kurallar dahilinde elde ettiğimi, doğrudan elde edemediğim bilgi ve yorumları edindiğim kaynaklara atıf yaptığımı ve bu kaynakları kaynakçada gösterdiğimi, ayrıca bu tez çalışmasında ve yazım aşamasında patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranış içinde bulunmadığımı beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak her türlü yasal sonucu ve sorumluluğu kabullendiğimi bildiririm.

HÂLE NUR GÖKDENİZ ERDOĞAN

TEŞEKKÜR

Bu tezin hazırlanması sürecinde her konuda desteğini, anlayışını ve çalışmama olan inancını hissettiğim değerli hocam Doç. Dr. Ersin BAYRA'ya tez danışmanlığı ve katkıları için müteşekkirim. Kıymetli görüş ve önerileri için Dr. Öğr. Üyesi Mürvet Ece BÜYÜKÇALIK BÜYÜKÇAĞLAR'a, tez jürisinde bulunun hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK ve Dr. Öğr. Üyesi Sinan SEÇKİN'e teşekkürlerimi sunarım. Bu süreçte desteklerini her zaman hissettiğim sevgili arkadaşlarım Av. Buse KILINÇ, Av. Hilal ATEŞ, Av. Hacer DEMİROĞLU ve Av. Sümeyye DİNÇ BODUR'a içtenlikle teşekkür ederim. Yalnızca tez sürecinde değil her zaman yanımda olduklarını hissettiğim kıymetli anne ve babama, bende iyi adına ne varsa buna sebep oldukları ve iyi bir şeyler yapmak için bana kazandırdıkları motivasyon için tüm kalbimle teşekkür ederim. Sevgili eşim Halil İbrahim'e her zaman yanımda olduğu için, çok değerli yol arkadaşlığı ve desteği için yürekten müteşekkirim. Oldukça yoğun ve stresli geçen tez sürecimin her anına eşlik edip neşeli gülüşleriyle beni dinlendiren sevgili oğlum Yusuf Talhâ'ya bana öğrettiği her şey için çok teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR ……...…… ii
İÇİNDEKİLER ……...……. iii
KISALTMALAR …….…….… v
TABLO ……..…… vi
ÖZET ……...……...…. vii
ABSTRACT ……...…. viii
GİRİŞ ……..… 1

BİRİNCİ BÖLÜM
HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN KAVRAMSAL VE TEORİK ÇERÇEVE

1. HAK VE ÖZGÜRLÜK KAVRAMLARINA GENEL BİR BAKIŞ ……..….. 4
1.1. Genel Olarak ……..…… 4
1.2. Hakkın Özel Görünüş Biçimleri ……..… 6
1.3. Hak ve Özgürlüklerin Sınıflandırılması …….....…. 10
1.4. Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ……..….. 17
1.4.1. Genel Olarak …...…….…...….. 17
1.4.2. Olağan Dönemde ……..…… 17
1.4.2.1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ….....……... 18
1.4.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ... 19
1.4.3. Olağanüstü Dönemde …….…..……..……... 19
2. OLAĞANÜSTÜ HAL VE DEROGASYON ……...……..…. 22
2.1. Olağanüstü Hal Kavramı ……...……..……..…. 22
2.2. Derogasyon Kavramı ……..…… 23
2.3. Olağanüstü Hal ve Derogasyon Rejimi …….. 26
2.4. Olağanüstü Hallerde Derogasyona İlişkin Düzenlemeler ……..….. 29
2.4.1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Yer Alan Düzenlemeler … 29

2.4.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Yer Alan Düzenlemeler ... 43
2.4.3. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde Yer Alan Düzenlemeler.54

İKİNCİ BÖLÜM
DROGASYONA KONU EDİLEMEYEN HAKLAR

1. KAVRAMSAL VE TEORİK ÇERÇEVE ……..…..….. 61
1.1. Genel Olarak ……...……. 61
1.2. Derogasyona Konu Edilemeyen Hakların Belirlenmesine Yönelik İlkeler …….. 63
1.3. Hakların Bütünselliği İlkesi ve Hiyerarşi Tartışmaları ……...…. 73
2. DEROGASYONA KONU EDİLEMEYEN HAKLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER ……. 81
2.1. Genel Olarak ……... 81
2.2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Yer Alan Düzenlemeler .....….. 82
2.3. İnsan Hakları Sözleşmelerinde Yer Alan Düzenlemeler ……..…… 86
2.3.1. Sözleşmelerin Hazırlık Çalışmalarında Derogasyona Konu Edilemeyen Haklar ……. 86
2.3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Derogasyona Konu Edilemeyen Haklar ……..… 91
2.3.3. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde Derogasyona Konu Edilemeyen Haklar …….…… 95
2.3.4. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Derogasyona Konu Edilemeyen Haklar ……...……..… 99
2.3.5. Derogasyona Konu Edilemeyen Haklar Listelerinin Genişlemesi102

SONUÇ ……..… 108
KAYNAKÇA ……. 115

KISALTMALAR

AAİHK	: Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Komisyonu
AAİHM	: Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AmeİHS	: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BM	: Birleşmiş Milletler
B.N.	: Başvuru numarası
bs.	: Baskı
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C. / Vol.	: Cilt
çev.	: Çeviren
Ed.	: Editör
E.	: Esas
f.	: Fıkra
İHK	: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi
K.	: Karar
K.T.	: Karar tarihi
m.	: Madde
MSHS	: Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
OHAL	: Olağanüstü Hal
para.	: Paragraf
s. / p. / pp.	: Sayfa
S. / No.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TDK	: Türk Dil Kurumu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
vd.	: ve devamı

TABLO : Anayasa ve İnsan Hakları Sözleşmelerinin Derogasyon Maddelerinde Listelenen Derogasyona Konu Edilemeyen Hakların İlgili Metinlerde Düzenlendiği Yerler

Hak ve Özgürlükler	Anayasa	AİHS	BM MSHS	AmeİHS
1) Yaşam Hakkı	m. 17	m. 2	m. 6	m. 4
2) İşkence, İnsanlık Dışı Muamele ve Ceza Yasağı	m. 17	m. 3	m. 7	m. 5
3) Kulluk ve Kölelik Yasağı		m. 4	m. 8	m. 6
4) Suç ve Cezaların Kanuniliği/Geriye Yürümezliği İlkesi	m. 38	m. 7	m. 15	m. 9
5) Suçsuzluk Karinesi	m. 38			
6) Hukuki Kişiliğin Tanınması Hakkı			m. 16	m. 3
7) Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü	m. 24-25		m. 18	m. 12
8) Borç Nedeniyle Hapis Cezası Yasağı			m. 11	
9) Aile Hakları				m. 17
10) İsim Hakkı				m. 18
11) Çocuk Hakları				m. 19
12) Vatandaşlık Hakkı				m. 20
13) Yönetime Katılma Hakkı				m. 23
14) M. 27'de Sayılan 11 Hakkın Korunması için Zorunlu "Yargısal Güvenceler"				m. 27

ÖZET

Devletlerin temel görevlerinden biri kendi egemenliği altında yaşayan insanların hak ve özgürlüklerini olağan ve olağanüstü dönemlerde korumaktır. Olağanüstü dönemlerde, olağanüstü halin ilan edilmesine neden olan durumun, mümkün olan en kısa sürede ortadan kaldırılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu durum olağanüstü hallerde yürütme organının yetkilerinin artması sonucunu doğurmaktadır. Ancak bu olağanüstü hallerde yürütmenin sınırsız yetkilerle donandığı anlamına gelmemektedir. Zira söz konusu yetkiler sınırlandırılmadığı takdirde hak ve özgürlüklere yönelik ihlaller artmaktadır. Bu doğrultuda hem anayasalarda hem de insan hakları sözleşmelerinde, hak ve özgürlüklere ilişkin yükümlülükleri azaltmak suretiyle kamu düzeni ve güvenliği yeniden tesis etme imkanı tanınmıştır. Bununla birlikte söz konusu hükümler ile aynı zamanda hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlandırmaların sınırı da çizilmiştir. Söz konusu sınırlardan biri olan derogasyona konu edilemeyen haklar, olağanüstü hallerde bile devletler tarafından sınırlandırılmasına izin verilmeyen hakları ihtiva eder. Bu çalışma ile insan haklarının korunması bakımından büyük önemi haiz olan bu hakları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda ve insan hakları sözleşmelerinde içinde bulundukları derogasyon hükümleri bağlamında, teorik ve pratik yönleriyle incelemek suretiyle sağladıkları korumanın değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Derogasyon hükümleri, derogasyona konu edilemeyen haklar, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, olağanüstü hal, sınırlandırmanın sınırı

ABSTRACT

One of the fundamental duties of states is to protect the rights and freedoms of the people living under their sovereignty in ordinary and extraordinary periods. In times of emergency, there is a need to eliminate the situation that led to the declaration of a state of emergency as soon as possible. This situation leads to an increase in the powers of the executive branch in states of emergency. However, this does not mean that the executive has unlimited powers in a state of emergency. If these powers are not limited, violations of rights and freedoms will increase. Accordingly, both constitutions and human rights treaties recognise the possibility of restoring public order and security by reducing the obligations related to rights and freedoms. However, these provisions also set limits on the restrictions to be imposed on rights and freedoms. Non-derogable rights, which is one of these limits, includes rights that are not permitted to be restricted by states even in states of emergency. This study aims to analyse these rights, which are of great importance in terms of the protection of human rights, in the context of the derogation provisions in the Constitution of the Republic of Türkiye and human rights treaties, in terms of their theoretical and practical aspects and to evaluate the protection they provide.

Key words: Derogation provisions, non-derogable rights, limitation of rights and freedoms, state of emergency, limits on limitations

GİRİŞ

İnsan onuruna duyulan saygının bir gereği olarak insan haklarının korunması, özellikle II. Dünya Savaşı sonrası dönemde uluslararası hukukun temel gündem maddelerinden biri olmuştur. Bu doğrultuda devletlerden hem olağan hem de olağanüstü dönemlerde insan haklarının korunmasına yönelik yükümlülüklerine uygun hareket etmesi beklenmektedir. Ancak tarihte ve günümüzde devletlerin olağanüstü hal uygulamaları, bu dönemlerde insan onurunu hiçe sayan işkenceler, keyfi tutuklama ve gözaltılar gibi insan hakları ihlallerin yoğun bir şekilde yaşandığını göstermektedir.

Olağan dönem için öngörülen hukuk kuralları, toplumların kimi zaman çeşitli nedenlerle karşı karşıya kaldıkları tehdit ve tehlikeleri bertaraf etmek için yeterli olmamaktadır. Bu nedenle anayasalarda ve yasalarda yer alan olağanüstü hale ilişkin düzenlemelerle yürütme organının yetkilerinin geçici süreliğine genişletilmesi öngörülmektedir. Böylece söz konusu tehlikeyi mümkün olan en kısa sürede bertaraf etmek suretiyle tekrar olağan dönem koşullarına dönmek amaçlanmaktadır. Ancak istisnai hallerle sınırlı olmak üzere verilen "olağanüstü" yetkileri kullanarak hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi tehlikesine karşı bu yetkiler de sınırlandırılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi bazı insan hakları sözleşmelerinde düzenlenen derogasyon hükümleri, olağanüstü hallerde devletlere toplumu tehdit eden tehlikeleri ortadan kaldırmak için hak ve özgürlüklere ilişkin yükümlülüklerinin belli bir kısmını yerine getirmeme olanağı sunmaktadır. Böylece belli koşullar altında, geçici süreliğine ve istisnai olarak söz konusu düzenlemelerde yer alan hak ve özgürlüklerin hukukun içinde kalarak sınırlandırabilmesi mümkün hale gelmektedir. Ancak bu sınırlandırmaların keyfiliğini ve dolayısıyla hak ihlallerini önlemek amacıyla hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin sınırlar getirilmektedir. Bu bağlamda derogasyon hükümleri, güvenlik ve özgürlük ile toplumun çıkarlarıyla bireysel hak ve özgürlükler arasında bir denge mekanizması işlevi görmektedir. Bu sebeple de bu hükümlerin insan hakları sözleşmelerinin en önemli maddelerinden biri olduğu ileri sürülmektedir.

Olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına getirilen sınırlardan biri de derogasyona konu edilemeyen haklardır. Literatürde istisnanın istisnası olarak da adlandırılan bu husus; anayasalarda ve insan hakları sözleşmelerinde düzenlenen derogasyona konu edilemeyen hakların olağanüstü haller gerekçe gösterilerek sınırlandırılamamasını ifade etmektedir. Derogasyona konu edilemeyen haklar için sağlanan daha güçlü koruma sistemi, bu hakların doktrindeki haklar arasındaki hiyerarşi tartışmalarında hiyerarşik yapılanmanın en üstüne yerleştirilmesine neden olmaktadır. Haklar arasında bir hiyerarşi olup olmadığı tartışmaları devam etse de, insan haklarının olağanüstü hallerde korunması bakımından derogasyona konu edilemeyen haklara sağlanan güvencenin büyük önemi haiz olduğu tartışmasızdır.

Devletler olağanüstü hallerde artan yetkileriyle otoriterleşme eğilimi göstermektedir. Bu durum hak ve özgürlüklerin ciddi şekilde ihlal edilmesine sebebiyet verdiğinden hakların olağanüstü hallerde de korunabilmesi büyük önem arz etmektedir. Bu öneme binaen çalışma kapsamında hak ve özgürlükler için dokunulmaz bir alan oluşturan derogasyona konu edilemeyen hakların, teorik ve pratik yönleriyle incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu minvalde söz konusu haklar Anayasa ve insan hakları sözleşmelerinde düzenlenen derogasyon hükümleri bağlamında, denetim organlarının içtihat ve görüşleri ışığında ele alınmaktadır.

Anlam karmaşasını önlemek ve kavramsal birliği sağlamak maksadıyla ilk olarak hak ve özgürlüklere ilişkin kavramsal çerçeve çizilmiştir. Ardından hak ve özgürlüklerin sınıflandırılması konusu ele alınmıştır. Hakların sınırlandırılıp sınırlandırılamamasına göre yapılan sınıflandırmalarda derogasyona konu edilemeyen hakların yeri incelenmiştir. Derogasyona konu edilemeyen hakların olağanüstü haller gerekçe gösterilerek sınırlandırılamaması nedeniyle, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması meselesi irdelenmiştir. Olağanüstü hal ve derogasyon kavramlarına ilişkin tartışmaların ortaya konmasının ardından Anayasa'da ve Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde yer alan derogasyon hükümleri, Anayasa Mahkemesi ile anılan sözleşmelerin denetim organlarının içtihat ve görüşleri ışığında incelenmiştir. Böylece

derogasyona konu edilemeyen hakların daha iyi anlaşılması için gerekli olan kavramsal ve teorik arka planın ortaya konulması hedeflenmiştir.

Çalışmanın esas konusunu oluşturan derogasyona konu edilemeyen hakların detaylı olarak ele alındığı ikinci bölümde, öncelikle literatürde çok farklı şekillerde karşılık bulan bu haklara ilişkin terminolojiye yer verilmiştir. Ardından insan hakları sözleşmelerinde yer alan derogasyona konu edilemeyen hakların seçilip belirlenmesine yönelik muhtelif ilkeler doktrindeki tartışma ve görüşlerden hareketle irdelenmiştir. Derogasyona konu edilemeyen hakların, diğer haklara nazaran daha güçlü bir şekilde korunmasının neden olduğu hiyerarşi tartışmaları, hakların bütünselliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilmiştir. Teorik tartışmaların ardından Anayasa'nın derogasyon hükmü bağlamında derogasyona konu edilemeyen haklara ilişkin düzenlemeler incelenmiştir. Sonrasında derogasyon hükmünde derogasyona konu edilemeyen hakları düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarında bulunan bu haklara ilişkin tartışmalar ele alınmıştır. Son olarak söz konusu sözleşmelerde ve ek protokollerde yer alan derogasyona konu edilemeyen haklara ilişkin düzenlemelere, içtihat ve görüşlere yer verildikten sonra bu hakların sayısının giderek artması hususu değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM
HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN KAVRAMSAL VE TEORİK ÇERÇEVE

1. HAK VE ÖZGÜRLÜK KAVRAMLARINA GENEL BİR BAKIŞ

1.1. Genel Olarak

18. yüzyılda Montesquieu soyut bir kavram olan özgürlüğün çok farklı şekillerde tanımlanması nedeniyle insan zihnini çok uğraştıran bir kavram olduğunu ifade etmekte, kendisi de özgürlüğü kanunların yasaklamadığı her şeyi yapabilme olarak tanımlamaktadır[1]. Bu sözlerin üzerinden çok zaman geçmesine rağmen özgürlük kavramının herkes tarafından kabul gören net bir tanımı hala yoktur. Tarihi süreç içerisinde özgürlük kavramına açıkça yer veren hukuki metinlerden biri de 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisidir. Bildiride insanın en temel dört hakkından biri olarak sayılan özgürlük, 4. maddede "başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilme kudreti" olarak tanımlanarak, yasalarla sınırlı bir özgürlük tanımı kabul edilmektedir. Buna göre özgürlük insanın her alanda istediği her davranışı kanunun emretmediği bir şeyi yapmaya zorlanmadan gerçekleştirebilmesini ifade etmektedir[2]. Türk doktrininde *Gözler* özgürlüğü bir şeyi yapma veya yapmama erkine sahip olma, serbestçe hareket etme gücü olarak tanımlamaktadır[3]. *Kaboğlu* ise özgürlüğü toplumun bireye tanıdığı bağımsızlık alanı olarak görmekte, ancak bunun bireysel bağımsızlıktan ziyade insanların karşılıklı bağımlılığı olduğunu ifade etmektedir[4].

Hakların çoğalmasından, yayılmasından, zaferinden bahsedilen günümüzde gerek günlük hayatta gerekse hukuki konularda hak kavramına sıklıkla rastlamak

[1] Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, (çev. Fehmi Baldaş), İstanbul 2011, s. 168-169.
[2] Civelek, Jale, "1789 Fransız Bildirisi ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi" Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 9, Sayı 1, 2011, s. 4.
[3] Gözler, Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Bursa 2017, s. 63.
[4] Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul, 1994.

mümkündür[5]. Bu kavram TDK tarafından pek çok anlamı ihtiva edecek şekilde tanımlanmaktadır: *"Doğru, gerçek. Adaletli davranma. Adaletin, hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey, kazanç. Dava veya iddiada gerçeğe uygunluk, doğruluk. Verilmiş emekten doğan manevi yetki. Pay. Emek karşılığı ücret*[6]*."* Bu kavram hukuk diline geçtiğinde daha fazla ciddiyet kazanmakta ve ahlaki yargıları ifade etmekten çok, bir talebi dillendirmenin hukuki ve meşru dayanağı haline gelmektedir[7]. Hukuki ilişkinin birinci ve temel öğesi olan hak, kişilere irade gücü tanımak suretiyle hukuk düzeninin tanıdığı ve koruduğu menfaattir[8].

Hak kavramı, soyut bir kavram olan özgürlüğün yasalarca tanınmış ve güvence altına alınmış biçimini ifade etmek için kullanılmaktadır[9]. Hak, seçme olanağını ifade eden özgürlükleri koruyup değerlendirme seçeneklerini kurumsallaştıran, baskının yokluğu şeklinde somutlaşan özgürlüğün hukuki kimlik altında görünmesidir[10]. Çeşitli tanımlardan da anlaşılacağı gibi hak kavramını tanımlamada farklı yaklaşımlar söz konusudur. Bu yaklaşımların en çok öne çıkanları ise irade teorisi, menfaat teorisi ve karma teoridir.

Windscheid tarafından öncülük edilen irade teorisine göre hak, hukuk düzeninin kişilere tanıdığı ve koruduğu irade kudreti ve yetkisidir[11]. Hak sahibi dilerse bu yetkiyi hukuk düzeninin sınırları içinde kullanarak yeni bir hukuki durum yaratabilir, var olanı değiştirebilir ya da varlığını sonlandırabilir. Ancak hakkın temelinde irade olduğu görüşü; irade gücü olmayanların, mesela küçük çocuklar ve akıl hastaları gibi grupların, hak sahibi olamayacağı sonucunu doğurduğundan hakkı açıklamakta yetersiz kaldığı için eleştirilmektedir[12]. Alman hukukçu *Jhering*

[5] Şahin Ceylan, Şule, Hak Kavramı: Toplumdan Bireye Doğru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 3-4.
[6] Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/ (25.04.2024).
[7] Şahin Ceylan, Şule, "İnsan Hakları: Hukuk ile Ahlak Arasında", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2019, s. 201-202, DergiPark (25.04.2024).
[8] Gözler, Kemal, Hukukun Temel Kavramları, 4. bs., Bursa 2007, s. 85.
[9] Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. bs., İstanbul 2010, s. 1420.
[10] Gemalmaz, s. 1422.
[11] Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 20. bs., İstanbul 2014, s. 136.
[12] Özbilen, Şevki / Yoldaş, Muhammed Asıf, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2019, s. 177.

tarafından iradeci görüşe karşı ortaya atılan menfaat teorisine göre ise hak, hukuk düzeninin koruduğu menfaattir. Teori, irade unsuruna önem vermemekle eleştirilmektedir[13].

İrade teorisi ve menfaat teorisi tek başına hak kavramını açıklamakta yetersiz kalınca bu iki teorinin haklı yanları ile uzlaştırıcı nitelikte, irade ve menfaati birbirini tamamlayan unsurlar olarak gören[14] karma teori ortaya çıkmış ve literatürde büyük ölçüde paylaşılmıştır[15]. Bu teoriye göre hak, hukuk düzeninin koruduğu ve sahibinin iradesinin kullanıp kullanmama konusunda muhayyer bırakıldığı menfaattir[16]. Hak kavramı, hukuk literatüründe farklı görünümlerle ortaya çıktığından hakkın özel görünüş biçimleri de ayrıca incelenmektedir.

1.2. Hakkın Özel Görünüş Biçimleri

Hakkın özel görünüş biçimleri insan hakları, kamu özgürlükleri ile temel hak ve ödevler olarak ele alınmaktadır. İnsan hakları terimiyle, çok-boyutlu, dinamik içerikli, kurumsallaşmış bir sistem ifade edilmektedir. Sosyal hayatta yaşanan gelişmelerle birlikte insan hakları kavramının içeriği de sürekli olarak yenilenmekte ve gelişmektedir[17]. İnsan hakları kavramının enflasyonist baskı altında içerik olarak genişleyip zenginleşmesi, hem kapsam ve sınırının belirlenmesini güçleştirmekte hem de öz ve biçiminde bozulmalara neden olmaktadır[18]. Bu enflasyon karşısında, insan haklarının gelişmeye ve yeni anlamlar kazanmaya açık yapısı itibarıyla, onu kesin olarak tanımlanmak da zorlaşmaktadır.

İnsan hakları için ulusal ve uluslararası alanda yüzlerce farklı tanım yapılmaktadır[19]. Çalışma kapsamında bunların tümüne yer vermek mümkün

[13] Bozkurt, Enver, Hukukun Temel Kavramları, 2. bs., Ankara 2022, s.179.
[14] Karaosmanoğlu, Fatih, İnsan Hakları, 2. bs., Ankara 2012, s. 63.
[15] Özbilen/Yoldaş, s. 178.
[16] Gezgin, Mehmet Fikret, Hukukun Temel Kavramları, 2. bs., Ankara 2006, s. 139.
[17] Şahingöz, Aslan, "Avrupa'da İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi", EURO Politika, Sayı 17, 2022, s. 90, DergiPark (25.04.2024).
[18] Gemalmaz, Mehmet Semih, Devlet, Birey ve Özgürlük, 2. bs., İstanbul 2012, s. 504.
[19] Uygun, Oktay, Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar (Yayına hazırlayan Kuçuradi, İoanna), İstanbul 2011, s. 67.

olmadığından, söz konusu tanımların ortak noktalarından hareketle insan haklarının anlamı ve özellikleri anlaşılmaya çalışılmaktadır. İnsan hakları, asıl işlevi devletin sınırlandırılması olan, insanların sadece insan olmaları sebebiyle doğuştan sahip oldukları onuru ve değeri korumaya yönelen, özel nitelikli etik ve normatif haklar bütünüdür[20]. Tüm insanları kapsamaları bakımından evrenseldir[21]. İnsan onuruna duyulan saygının gereği olarak bu haklar dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez niteliktedir ve insan onuruna yaraşır bir yaşam için gereken asgari talepleri ihtiva etmektedir[22].

İnsan haklarının özelliklerinden yola çıkarak yapılan tanımlardan farklı bir yaklaşımla *Rene Cassin,* insan hakları biliminden hareketle, tümdengelim yöntemiyle bir tanım yapmaktadır[23]. Fransız hukukçuya göre sosyal bilimlerin bir dalı olan insan hakları bilimi, her insanın kişiliğinin gelişimi için vazgeçilmez olan hak ve özgürlükleri belirlemekte, insanlar arasındaki ilişkileri insan onurundan hareketle inceleme konusu yapmaktadır.

Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra insan haklarının temellendirilmesinde insan onurunun korunması büyük önem kazanmış, insan haklarına tutarlılık veren nihai değer halini almıştır. İnsan hakları sözleşmelerinde de düzenlenen hakların insanın doğuştan gelen onurundan kaynaklandığı ifade edilmektedir[24]. Bu bağlamda insan hakları hukuku bakımından insan onuru kavramı, kişinin yapıp ettikleriyle kazanıp kaybedebileceği bir değer olmaktan çok, her insanın sadece insan olması sebebiyle doğuştan sahip olduğu içkin değeri ifade etmektedir[25]. İnsan onuru kavramı, insanın değerinden yola çıkarak tanımlandığında, bütün insanların onur bakımından eşit olmakla insan hakları bakımından eşit muameleyi hak ettikleri sonucuna

[20] Berber, Emre, İnsan Haklarının Yükü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 1, 8.
[21] İnaç, Hüsamettin / Yazıcı, Betül, "Kavramsal ve Kuramsal Boyutlarıyla İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğüne Sosyo-Politik Bir Bakış", Akademik Bakış Dergisi, Sayı 70, 2018, s. 132.
[22] Özdek, E. Yasemin, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, Ankara 1993, s. 2.
[23] Gökpınar, Mahmut, "Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması", TBB Dergisi, Sayı 120, 2015, s. 15-16.
[24] Kaya, Semih Batur, "Bir İnsan Hakları Kategorisi Olarak İnsan Onuru Kavramı ve Türkiye'deki Uygulaması Üzerine Bir Analiz", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2022, s. 343.
[25] Çelik, Elif, "İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2019, s. 285-286.

ulaşılmaktadır[26]. Başlangıçta insan onurunun korunması için devlet gücünü sınırlandırmanın yeterli olacağı düşünülürken, Sanayi Devrimi'yle birlikte bu sınırlandırmanın yanı sıra, ekonomik şartların iyileştirilmesinin ve sosyal haklar marifetiyle sosyal adaletin sağlanmasının gerekliliği de anlaşılmıştır[27]. İnsan onuru kavramı, derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesine yönelik ilkelerden biri olduğundan, çalışmanın ikinci bölümünde özel olarak incelenmektedir.

İnsan haklarının devlet tarafından tanınan ve sınırları belirlenerek pozitif hukukta yer edinen kısmı ise kamu özgürlükleri olarak adlandırılmaktadır[28]. Böylece devletten önce var olduğu kabul edilen "ideal" insan haklarına devlet güvencesi sağlanmaktadır[29]. Kamu özgürlüklerinin sahipleri kamuyu oluşturanlardır. Doktrinde kamu özgürlükleri, hakların pozitif hukuk vasıtasıyla düzenlenmek suretiyle güvenceye alınarak uygulamaya taşınan kısmı[30], "yürürlükteki hukukun tanıdığı haklar" olarak çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Böylece bir özgürlüğün kamu özgürlüğü olarak ifade edilmesi, onun yürürlükteki hukuk tarafından garanti altında olduğunu göstermektedir. Bu sayede felsefe, etik ya da ahlak ile temellendirilerek hak veya özgürlük olarak nitelenen olgular, yargısal bir koruma altına alınmaktadır[31].

Kamu özgürlükleri ile temel haklar arasındaki farklar ise şöyledir: Kamu özgürlüklerinin koruyucusu adli ve idari yargı iken temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu anayasa yargısıdır. Kamu özgürlükleri birey ile devlet arasındaki ilişkileri düzenlerken temel hak ve özgürlükler bireyler arasındaki ilişkileri de düzenlemektedir. Aslında her temel hak ve özgürlük aynı zamanda bir kamu özgürlüğüdür, ancak her kamu özgürlüğü temel hak ve özgürlük kapsamında değildir[32].

[26] Kuçuradi, İoanna, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, 4. bs., Ankara 2018, s. 75.
[27] Akad, Mehmet / Vural Dinçkol, Bihterin / Bulut, Nihat, Genel Kamu Hukuku, 12. bs., İstanbul 2016, s. 253.
[28] Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. bs., Ankara 1993, s. 14.
[29] Gökpınar, s. 18.
[30] Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut, s. 249.
[31] Doğan, İlyas, "İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları", (Ed. İlyas Doğan), İnsan Hakları Hukuku içinde (47-86), 3. bs., Ankara 2019, s. 51.
[32] Gökpınar, s. 19-20.

Özetle insan haklarının doğrudan anayasalarda tanınmış, çerçevesi çizilmiş ve siyasal iktidar karşısında güvenceye alınmış hali temel haklar olarak nitelendirilmektedir[33]. Temel hakların günümüzde devletin temelini oluşturan yapı taşlarından olduğu, öyle ki devletin, gücünü temel hakların denetimi altında kullandığı ifade edilmektedir[34]. II. Dünya Savaşından sonra hazırlanan anayasalarda klasik haklara sosyal haklar da eklenmiş, böylece geniş bir temel hak ve ödevler listesi meydana getirilmiştir. Bu bağlamda ödevi bir hukuk kuralı uyarınca yapılması veya yapılmaması zorunlu tutulan şey olarak tanımlamak mümkündür[35]. Hak ve özgürlüklerin hayata geçirilebilmesi için sosyal devlet anlayışıyla devlete de birtakım yükümlülükler yüklenmektedir. Ancak devletler bunu ancak ekonomik olanakları ölçüsünde gerçekleştirebilmektedir[36].

Doktrinde temel haklar kavramının, pozitif hukuk kaynaklı bir kavram olarak kullanılmasına karşılık, insan hakları kavramının pozitif hukuku aşan, onun dışında ve üstünde olan "ideal haklar listesi" ile karşılık bulduğu ve bu alanda kullanılan kavramların en genişi olduğu dile getirilmektedir[37]. Temel hak kavramıyla ise yazılı hukuk kurallarıyla güvence sağlanan, yasama ve yürütme organlarının kolayca kaldıramadığı, devlet otoritesine karşı anayasal düzende, yargı makamları önünde ileri sürülebilecek "anayasal haklar" ifade edilmektedir[38]. İnsan hakları ile temel hakların farkını ifade etmek için insan hakları-yurttaş hakları şeklinde ayrımlara da rastlamak mümkündür[39]. Bu ayrımların yanı sıra, doktrinde hakların daha kolay incelenmesini ve öğrenilmesini sağlamak gibi pratik nedenlerle hak ve özgürlükler arasında çeşitli sınıflandırmalar yapılmaktadır. Çalışma kapsamında bu sınıflandırmalara, derogasyona konu edilemeyen haklar konusunun daha iyi anlaşılması için gerektiği görüldüğü kadarıyla değinilmektedir.

[33] Dikmen Caniklioğlu, Meltem, "Anlamı Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mahmut Tevfik Birsel Armağanı, 2001, s. 462.
[34] Gören, Zafer, "Temel Hakların Sınırlanması - Sınırlamanın Sınırları" İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 6, Sayı 12, Güz 2007/2, s.39-59.
[35] Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, 11. bs., Bursa 2014, s. 400.
[36] Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut, s. 251.
[37] Uygun, Oktay, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul 1992, s. 4.
[38] Uygun, 1982 Anayasası, s. 5.
[39] Doğan, s. 52.

1.3. Hak ve Özgürlüklerin Sınıflandırılması

Hak ve özgürlüklerin özündeki dinamizm, ulusal ve uluslararası belgelerdeki hakların çeşitlenmesine neden olmaktadır. Hukuki kaynakların nitelik ve nicelik bakımından genişleyip yoğunlaşması üzerine, hakları daha kolay anlayıp inceleyebilmek için doktrinde çeşitli sınıflandırmalar yapılmaktadır[40]. Ancak bu sınıflandırmalar hak ve özgürlüklerin ayrılmaz bir bütün olduğu gerçeğini değiştirmemektedir[41]. Bir kişi ancak hak ve özgürlüklerin tümüne sahip olmakla özgür olabilmektedir. Bu bölümde haklara ilişkin sınıflandırmaların öne çıkanları ve konumuz bakımından ilgili olanları incelenmektedir. Böylece derogasyona konu edilemeyen hakların sınıflandırmadaki yerinin ortaya konması amaçlanmaktadır.

Haklar, düzenledikleri hukuk alanına göre kamu hukuku ve özel hukuk ayrımının neticesinde kamu hakları ve özel haklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır[42]. Örneğin alacak hakkı özel hukuk alanındaki borçlar hukuku tarafından düzenlendiği için özel hak; seçme ve seçilme hakkı, kamu hukuku alanındaki anayasa hukuku tarafından düzenlendiği için kamu hakkıdır. Ancak her zaman kamu haklarıyla özel haklar arasında kesin bir ayrım mümkün olmamaktadır. Kişilik hakkı, yaşam hakkı, sağlık hakkı gibi kimi haklar hem kamu hukukunu hem de özel hukuku ilgilendirmektedir[43].

Kamu hukukundan doğan kamu hakları, *Georg Jellinek*'in hakları birey ile devlet arasındaki ilişkiye göre, devletin yükümlülüklerini esas alarak sınıflandırmasıyla üç grupta incelenmektedir: Negatif statü hakları (koruyucu haklar), pozitif statü hakları (isteme hakları) ve aktif statü hakları (katılma hakları)[44].

[40] Böcükcü, Aykut, "İnsan Hakları ve Türk Kamu Yönetiminde İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2019, s. 18.
[41] Gökpınar, s. 39-40.
[42] Bozkurt, s. 180.
[43] Gözler, Hukukun Temel Kavramları, s. 86.
[44] Karaosmanoğlu, s. 92-94.

Anayasa'da temel hak ve özgürlükler *Jellinek*'in sınıflandırmasından esinlenerek düzenlenmiştir[45].

Negatif statü hakları kişinin dokunulmaz özel alanında yer alan hak ve özgürlükleri ihtiva etmektedir. Bu haklar, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını devlete ve topluma karşı koruduğu için koruyucu haklar olarak da adlandırılmaktadır. Anayasa'nın kişinin hakları ve ödevleri başlığı altında, 17-35. maddelerinde yer alan kişisel haklar kural olarak bu kapsama girmektedir. Bu haklar devlete negatif bir edim yani karışmama, gölge etmeme ödevi yüklemektedir. Kişi güvenliği, yaşam hakkı, işkence yasağı, konut dokunulmazlığı, düşünce özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi haklar bu grupta yer almaktadır[46]. Ancak bu sınıflandırma, negatif statü hakları kategorisindeki haklar bakımından devlete negatif bir edim yüklese de bu hakların kurumsallaşabilmesi ve hak sahiplerinin onlardan yararlanabilmesi için devletin müdahale ve katkısı gerektiğinden eleştirilmektedir[47].

Pozitif statü hakları, kişilere devletten pozitif edim, hizmet, yardım isteme imkanı sunan, devletin de haklara erişim sağlama konusunda aktif konumda, sosyal alanda birtakım ödevlerle yüklü olduğu haklardır[48]. Sosyal devlet anlayışının bir ürünü olduğu için sosyal haklar yahut hizmet hakları olarak da isimlendirilmektedir. Çalışma hakkı, dinlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı, eğitim hakkı gibi haklar bu tür haklardandır[49]. Anayasa'da Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığı altında 41-64. maddeler arasında düzenlenmekte, 65. maddede devletin bu hakları *mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde* yerine getireceği kayıt altına alınmaktadır.

Aktif statü hakları ise kişilerin toplum içinde söz sahibi olmasını, devlet yönetimine katılımını sağlayan haklardır. Bu sebeple bu haklara katılma hakları, siyasi

[45] Çelik, Cemil, "Olağanüstü Hallerde Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması" Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s.35.
[46] Gözler, Hukuka Giriş, s. 404.
[47] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1425.
[48] Yeşil, Candost, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Hakların Askıya Alınması ve Olağanüstü Hal", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2022, s. 17.
[49] Gözler, Hukuka Giriş, s. 405.

haklar da denmektedir[50]. Anayasa'nın Siyasi Haklar ve Ödevler başlığı altında 66-74. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Siyasi faaliyette bulunma hakkı, seçme ve seçilme hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, dilekçe hakkı bu gruba örnektir[51].

Karel Vasak ilk olarak 1979 yılında, Fransız İhtilali'nin üç büyük kavramından (özgürlük, eşitlik, kardeşlik) ilham alarak insan haklarını kuşaklara göre kategorize etmiştir. Bu sınıflandırma hakların ortaya çıktığı tarihsel süreçle de belli ölçüde benzerlik göstermektedir. Bu yönüyle doktrinde çoğunlukla tarihsel gelişim sürecine göre haklar başlığı altında incelenmektedir[52].

Birinci kuşak haklar, özgürlük kavramıyla ilişkilendirilen, klasik haklar olarak da isimlendirilen kişisel ve siyasal hakları içermektedir. İnsanın sadece insan olması sebebiyle sahip olduğu, mutlaklığı tartışılmayan, zamansız niteliğiyle devletten önce de var olan bu haklar, burjuvanın kral ve aristokrasiye karşı gerçekleştirdiği mücadelenin ürünüdür[53]. Kişi güvenliği, işkence ve kötü muamelenin yasaklanması, mülkiyet hakkı, ifade özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği gibi kişisel haklar ile seçme ve seçilme hakkı, dilekçe hakkı, kamu hizmetine girme hakkı gibi siyasal haklar pozitif bir karakterden ziyade negatif özelliktedir. Yani devletlerin bir nevi karışmama yükümlülüğü altında kişilerin maddi ve manevi gelişimlerini istedikleri gibi gerçekleştirmeleri amaçlanmaktadır[54].

İkinci kuşak haklar Sanayi Devrimi sonrasında artan sosyal eşitsizliklere karşı işçi sınıfının mücadelesi ile elde edilen hakları ihtiva ettiği için eşitlik kavramıyla ilişkilendirilmektedir. Çalışma ve dinlenme hakkı, ücret hakkı, eğitim hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı gibi sosyal, ekonomik ve kültürel haklar bu grupta yer almaktadır. Bu haklar, eşitlik hakları yahut devletin edim borcunu gerekli kılan alacak hakları

[50] Çelik, s. 43.
[51] Gözler, Hukukun Temel Kavramları, s. 87.
[52] Berber, s.1.
[53] Üskül Engin, Zeynep Özlem, "Birey Kavramının Gelişimi ve İnsan Hakları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 72, Sayı 1, 2014, s. 207. DergiPark (29.04.2024).
[54] Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut, s. 285.

olarak da adlandırılmaktadır[55]. Çünkü buradaki hakların çoğu devlete, müspet bir edimde bulunma görevi yüklemektedir[56].

Üçüncü kuşak haklar ise yeni insan hakları, kolektif haklar, kardeşlik yahut dayanışma hakları olarak adlandırılmaktadır[57]. Az gelişmiş ülkelerin baskıları sonucu ortaya çıkan bu hakların gerçekleşmesi kişilerin, kurumların ve devletin dayanışmasını, ortak çabası ve etkin katılımını gerektirmektedir[58]. Her halkın kendi geleceğini belirleme hakkı, barış hakkı, kalkınma hakkı, çevre hakkı, insanlığın ortak mirasını paylaşma hakkı, insani yardımdan yararlanma hakkı gibi haklar bu kapsamdadır[59].

Doktrin ve uygulama için yeni sayılan dördüncü kuşak haklar ise yaşanan yeni gelişmelere bağlı olarak, insan hakları ve biyoteknoloji arasındaki ilişkiler bağlamında, bilimsel alanda yaşanan çalışmaların insan onurunun korunması bakımından ortaya çıkardığı riskleri ve insan türü üzerindeki muhtemel olumsuz etkilerini önlemeyi hedefleyen yeni insan hakları kategorizasyonunu bünyesinde barındırmaktadır. Bireylerin kişisel veriler üzerindeki tasarrufları da bu yeni hak kategorisi içerisinde değerlendirilmektedir[60].

İnsan onurunun korunması bakımından birinci kuşak hakların diğer haklara göre daha üstün, gerekli, önemli ve vazgeçilmez olduğu yaygın olarak düşünülmektedir[61]. İnsan haklarının kuşaklara ayrılarak sınıflandırılması da bu düşünce nedeniyle haklar arasında bir hiyerarşi oluşturduğu itirazından hareketle eleştirilmektedir. Aslında her ayrım için yapılan başlıca eleştiri insan haklarının temel ilkelerinden olan bölünmezlik ilkesini zedeleme riski taşımasıdır. Bu tehlike özellikle ideolojik nitelikteki sınıflandırmalarda ortaya çıkmaktadır[62]. Oysa insan haklarının kuşaklara ayrılarak sınıflandırılması, bu haklar arasında değer ve öncelik açısından

[55] Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 9. bs., İstanbul 2014, s. 240.
[56] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1623-1628.
[57] Berber, s. 1.
[58] Çelik, s. 44-45.
[59] Aral, Berdal, Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kolektif Haklar, Ankara 2010, s. 17.
[60] Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s. 241.
[61] Uygun, Oktay, Kamu Hukuku İncelemeleri, 2. bs., İstanbul 2013, s. 259.
[62] Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s. 241.

farklılıklara değil, tarihsel süreçte hakların nasıl ortaya çıkıp geliştiğine ve hatta kapsamının nasıl genişlediğine dair inceleme imkanı sunmaktadır[63]. İnsan haklarının her biri insan onurunun korunmasına hizmet ettiğinden, insan haklarının sınıflandırılması hakların birbiriyle çatışmasına, yarışmasına yahut bunlar arasında bir hiyerarşik yapılanmadan söz edilmesine neden olmamaktadır[64].

İnsan haklarının birbirinin olmazsa olmaz şartı olarak birbirini tamamlamasına "hakların bütünlüğü ilkesi" denir[65]. İnsan haklarından bir grubu çıkarmak bu bütünlüğü bozmakta ve diğer haklara zarar vermektedir. Bu sebeple bir bütün olarak hak ve özgürlüklerin sağlanacağı zemin oluşturmak önemlidir. İnsan hakları kavramının mahiyeti sürekli olarak değişip genişlemekte, insan hakları düzenlemeleri içeren metinlerin sayısı da günden güne artmaktadır. Bu minvalde insan hakları belgelerinde yahut akademik metinlerde pratik sebeplerle, anlayış kolaylığı sağlamak için hakların sınıflandırılmasında, hakların bütünlüğü ilkesi göz ardı edilmemeli, hakların ancak bir bütün olarak insan onurunun korunmasını sağladığına dikkat edilmelidir. Bütünsellik ilkesi ve hiyerarşi tartışmaları ileride derogasyona konu edilemeyen haklar bağlamında inceleneceği için burada bunlara sadece değinmekle iktifa edilmiştir.

Vasak'ın sınıflandırmasına getirilen eleştirilerden biri de birinci kuşak haklar için devlete negatif edimde bulunma yükümlülüğü verilirken, ikinci kuşak haklar için pozitif yükümlülükler yüklendiğinin kabulünün her zaman ve her hak bakımından geçerlilik sağlamaması nedeniyledir. Çünkü haklar kuşaklara göre sınıflandırılırken devletin yükümlülüğü de değişkenlik arz etmektedir. Üçüncü kuşak haklar için ise hak sahibi ve hakkın muhatabı konusundaki boşluklar nedeniyle birtakım eleştiriler getirilmektedir[66].

[63] Aybay, Rona, İnsan Hakları Hukuku, 3. bs., İstanbul 2017, s. 97-98.
[64] Bayra, Ersin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler", İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 2023, s. 69.
[65] Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut, s. 284.
[66] Yeşil, s. 20.

Hakların düzenledikleri konulara göre yapılan sınıflandırmalar ise ziyadesiyle öznelliğe açık olmaları nedeniyle eleştirilmektedir. Çünkü bu sınıflandırmada belirleyici etken sınıflandırmayı yapan yazarın kişisel tercih ve öncelikleri olmaktadır[67]. Mesela kimi yazar kişinin fiziki özgürlükleri, düşünce özgürlükleri, kolektif özgürlükler şeklinde bir sınıflandırma yaparken; kimi yazar da kişisel özgürlükler, ekonomik özgürlükler, entelektüel özgürlükler şeklinde bir ayrım önermektedir[68]. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve İkiz Sözleşme olarak da bilinen Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi temel alınarak yapılan konularına göre sınıflandırmada ise Birleşmiş Milletler (BM) tarafından tanınan hak ve özgürlükler, kişisel, sosyal, ekonomik, siyasal ve kültürel haklar olarak gruplandırılmaktadır.

Bazı haklara öncelik ve üstünlük tanımasıyla ve buna bağlı olarak haklar arasında bir hiyerarşi oluşmasıyla eleştirilen bir başka sınıflandırma ise temel haklar kategorisi oluşturarak, bunların dışında kalan hakları "temel olmayan haklar" şeklinde nitelendirmeye sebep olacak şekilde konumlandırmaktır[69]. Felsefi açıdan hak ve özgürlükleri değerlerine göre ayrıma tabi tutmak zordur. Fakat pozitif hukukta hakları değerlerine göre değil de koruma rejimlerine göre ayırmak ve temel hakları "anayasal haklar" olarak nitelendirmek suretiyle böyle bir ayrım yapılması, bu ayrımın haklar arasında hiyerarşiye neden olacağı düşüncesini engelleyebilir[70].

Hukuksal pozitivist görüş ile doğal hukuk arasındaki tartışmalar neticesinde ortaya çıkan başka bir ayrıma göre haklar, yasal haklar-moral haklar şeklinde sınıflandırılmaktadır[71]. Doğal haklar teorisini benimseyenler, moral hakların yasal haklardan bağımsız ve her zaman geçerli olduğunu savunmaktadır. Pozitivist görüşü benimseyenler ise bir hakkın ancak arkasında zorlama gücü bulunuyorsa, yasama

[67] Anayurt, Ömer, "Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınırlandırmaların Değerlendirilmesi", Oya Çiftçi (Yayına Hazırlayan), Türkiye'de İnsan Hakları Konferansı, 7-9 Aralık 1998, s. 55.
[68] Gemalmaz, Devlet, s. 517.
[69] Karaosmanoğlu, s. 67-68; Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1426-1427.
[70] Uygun, 1982 Anayasası, s. 5-6.
[71] Gemalmaz, Devlet, s. 516.

organı tarafından çıkarılan yasalarla somutlaştırılmışsa geçerlik kazanacağını ileri sürmektedir[72].

Olağanüstü hallerde hakların sınırlandırılması gündeme geldiğinde dikkate alınabilecek bir ayrıma göre haklar kaynakları bakımından iki grupta incelenmektedir: "Varlığı devletin yaratmasına öngelen vazgeçilmez, devredilmez, evrensel ve sürekli haklar" ile "devletin tanıdığı ve geri alabileceği, pozitif hukukun konusunu oluşturan haklar". Bu ayrımın derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesine de kaynaklık etmektedir[73]. Bir başka ayrım ise olağanüstü rejim önlemlerine konu olan haklar ve olmayan haklar şeklinde iki kategori oluşturmaktadır[74].

Konumuz bakımından önem arz eden bir başka tasnif ise hakları "sınırlandırılabilme" ölçütlerine göre sınıflandırmaktadır. Bu tasnife göre haklar sınırlandırılan ve sınırlandırılamayan haklar olarak iki gruba ayrılmaktadıır[75]. Bir başka tasnifte ise haklar "olağan dönemlerde belli sınırlandırmalara tabi tutulabilecek haklar", "olağanüstü hallerde sınırlandırılabilecek haklar", "olağanüstü hallerde bile mutlak surette saygı gösterilmesi gereken haklar" olarak üç grupta incelenmektedir[76]. Yaşam hakkı, işkence yasağı, kulluk-kölelik yasağı ve kanunsuz ceza olmaz ilkesi sınırlandırılamayan haklar grubundadır. Sınırlandırılabilen haklar ise ancak yasa ile ve sınırlandırma ölçütlerine bağlı kalarak sınırlandırılabilir. Aşağıda hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması başlığı altında söz konusu sınırlandırma ölçütleri olağan ve olağanüstü haller bağlamında ayrı ayrı incelenmektedir.

[72] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1425.
[73] Gemalmaz, Mehmet Semih, Olağanüstü Rejim Standartları, 2. bs., İstanbul 1994, s. 18-19.
[74] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1639.
[75] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1633-1638.
[76] Aybay, s. 98-101.

1.4. Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması

1.4.1. Genel Olarak

İnsan hakları hukukunda genel kural insan haklarının korunmasıdır, insan haklarının sınırlanması ise istisna teşkil etmektedir[77]. Diğer bir deyişle özgürlük kural, sınırlama ise istisnadır[78]. Toplumsal yaşamda herkes için özgürlüğün ve düzenin sağlanabilmesi "paylaşılmış" bir özgürlüğü gerekli kılmaktadır. Bu gereklilik ise hakların sınırlandırılmasına neden olabilmektedir. Yani herkesin hak ve özgürlüklerinden yararlanabilmesi ancak "sınırlı" yararlanma sonucunu doğurmaktadır[79]. Sınırlama kavramı, sözlükte daraltma ve kayıtlama anlamlarına gelmekte, hukuki açıdan bir temel hak normuyla teminat altına alınan yaşam kesitini daraltmaya neden olan düzenlemeleri ifade etmektedir[80]. İngilizce ve Fransızca insan hakları literatüründe de temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahaleler, sınırlama (limitation) ve kısıtlama (restriction) kavramlarıyla ifade edilmektedir[81]. Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması olağan ve olağanüstü dönemler bakımından farklı birtakım kurallara tabidir. Bu sebeple konunun esasını oluşturan olağanüstü hallerle kıyaslayabilmek adına, öncelikle olağan dönemde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına kısaca değinilmiş, ardından olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması meselesi detaylı olarak ele alınmıştır.

1.4.2. Olağan Dönemde

Olağan dönemde hakların sınırlandırılması ancak sınırlama ölçütlerine uygun olarak ve sınırlama için öngörülen koşullar doğrultusunda yapılabilmektedir. Sınırlama ölçütleri, hakların kullanımının bir başkasının haklarını ihlal etmesini

---

[77] Kalabalık, Halil, İnsan Hakları Hukuku, 5. bs., Ankara 2017, s. 171.
[78] Kapani, s. 233.
[79] Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s. 255.
[80] Topal, Abdullah, "1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Anayasal Ölçütler", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bolu 2009, s. 31.
[81] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 418. Bu kavramlar arasındaki nüansa işaret eden bir çalışma için bkz.: Şirin, Tolga, "İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, 2021, s. 32-33 DergiPark (11.05.2024).

önlerken bir yandan da hukuk düzeni içinde toplumsal yararı korumayı sağlamaktadır. Böylece bireysel ve kolektif yarar arasında bir denge kurulması hedeflenmektedir[82]. Bu hedefe yönelik olarak anayasalarda ve insan hakları sözleşmelerinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kurallara yer verilmektedir.

1.4.2.1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması

1982 Anayasası'nda temel hak ve ödevlerin düzenlendiği ikinci kısımda, "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması"* başlıklı 13. maddede, 2001 tarihli Anayasa değişikliği öncesinde genel sınırlama sebepleri düzenlenmiştir. 2001'de yapılan değişiklik ile özgürlük-otorite dengesi özgürlük lehine bozulmuş, genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır[83]. Değişiklik sonrasında 13. madde ile olağan dönemde hak ve özgürlüklere getirilebilecek sınırlandırmaların genel çerçevesi çizilmiş, özel sınırlandırma sebepleri ise Anayasa'da hak ve özgürlüklerin düzenlendiği ilgili maddelerde ayrıca düzenlenmiştir[84].

13. maddede yer alan düzenlemeye göre olağan dönemlerde hak ve özgürlükler şu sınır ve ilkelere göre sınırlandırılabilmektedir: Öze dokunma yasağı, yasallık ilkesi, öngörülebilirlik ilkesi, ölçülülük ilkesi (elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerini de bünyesinde barındırır), Anayasa'da öngörülen sebeplere bağlılık, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine uygunluk[85]. Anayasa'da düzenlenen bu hukuki sınırların yanı sıra hak ve özgürlüklerin kendi niteliklerinden kaynaklanan objektif ve doğal sınırları da bulunur. İfade özgürlüğünün diğer insanlara hakaret veya iftira etmeyi içerebileceği şeklinde yorumlanamaması buna örnektir. Ancak hukuk düzeni esasen temel hakların hukuki sınırları ile ilgilenmektedir[86]. Çalışmanın konusu ağırlıklı olarak olağanüstü

[82] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1634.
[83] Gözler, Kemal, "Anayasa Değişikliğinin Temel hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasa'nın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, 2001, s. 54 ve 67.
[84] Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 23. bs., Bursa 2019, s. 123.
[85] Bayra, A. Ersin, Güvenlik Devleti, İstanbul 2019, s. 167-168.
[86] Odyakmaz, Zehra / Kaymak, Ümit, Anayasa Hukuku, 23. bs., İstanbul 2019, s. 47.

dönemlere ilişkin olduğundan söz konusu hukuki sınır ve ilkelere burada yalnızca değinmekle yetinilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde düzenlenen sınır ve ilkeler de hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlandırmalar bakımından Türkiye için bağlayıcılık arz etmektedir.

1.4.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) olağan dönemler için hak ve özgürlüklerin düzenlendiği 8, 9, 10 ve 11. maddelerde özel sınırlama sebepleri düzenlenmiş, genel sınırlandırma maddesine yer verilmemiştir. Haklara getirilecek kısıtlamaların sınırlanması konusunda 18. maddede düzenleme yapılmış, sınırlamaların öngörüldükleri amaca uygun yapılması ve meşru bir amaca hizmet etmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde (MSHS) de benzer şekilde olağan dönemlerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel bir sınırlandırma maddesi bulunmamaktadır. Sözleşme'de hak ve özgürlüklerin düzenlendiği maddelerde bu hakların hangi durum ve koşullarda sınırlandırılabileceği özel olarak düzenlenmiştir. Hakların olağanüstü dönemlerde sınırlandırılması meselesi ise daha hassas bir denge gerektirdiğinden hem Anayasa'da hem de sözleşmelerde özel olarak düzenlenmiştir.

1.4.3. Olağanüstü Dönemde

Olağan dönem hukuk düzeni için öngörülen kurallar, olağanüstü tehdit ve tehlikeler karşısında yetersiz kaldığında başvurulan olağanüstü hal rejimlerinde, temel hak ve özgürlükler, olağan dönemlere göre daha geniş ölçüde sınırlandırmalara tabi tutulabilmektedir. Bu dönemlerde yürütme organının yetkileri de olağan döneme

nazaran genişlemektedir[87]. Böylece özgürlük ve otorite arasındaki denge, mevcut gereksinimler sebebiyle özgürlüklerden ödün verilerek otorite lehine bozulmaktadır[88].

Olağanüstü hal rejimlerinin mahiyeti gereği kamu makamlarının takdiri yetkilerindeki genişlemeler, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin normal zamanlara kıyasla daha ileri seviyede sınırlandırılmasına veya onlara aykırı tedbirler alınmasına yol açabilmektedir[89]. Bu durumda temel hak ve özgürlükler için öngörülen koruma sınırlarının belli oranda esnetilmesi veya ihlal edilmesi muhtemeldir. Ancak hukuki rejim içinde kalıp otoritenin keyfiliğinden korunmak için olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklere yapılacak sınırlandırmalara da sınırlar getirilmektedir.

Olağanüstü rejimin, olağan dönemi yeniden tesis etme amacına uyacak şekilde sınırlı ve geçici süreliğine uygulanması gerekmektedir[90]. Sürekli olağanüstü hal uygulamaları, kamu özgürlüklerini ortadan kaldırmaya veya kullanılmasını imkansız hale getirmeye yöneldiği için otoriter rejimlerin yapısına uygundur[91]. Nitekim tarihte acil durum veya kriz hallerinde otoriter rejimler ortaya çıkmış, ancak kriz hali sona erdikten sonra otoriter yapı sonlandırılmadığı için olağanüstü rejimin olağanlaştığı görülmüştür[92].

Yönetim makamlarının, genişletilen yetkilerini hukuk kuralları içinde kullanması, sınırlandırmaların durumun gerektirdiği ölçüde yapılması, anayasalarda ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde olağanüstü hallerde dahi

---

[87] Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 20. bs., Bursa 2018, s. 549; Gümüş Boyacı, Özgem Tuğçe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 15. Madde Kapsamında Derogasyon Rejimi, Ankara 2023, s. 68-69.

[88] Bayra, Güvenlik Devleti, s. 169. Güvenlikçi bakış açısı esas alındığında özgürlük ve güvenlik arasındaki çıkar çatışmasında bu ikisi arasında makul bir dengenin kurulması gerektiği ve bu doğrultuda özgürlüklerin sınırlandırılabileceği düşünülür. Özgürlükçü bakış açısı ise insan haklarına dayanan demokratik ve özgürlükçü hukuk devletinde öncelikli amacın özgürlükleri korumak olduğunu, bu nedenle özgürlüğe göre ikincil önemde olan güvenlik çıkarlarıyla özgürlüğün değiş-tokuş edilmesini kabul edilemez bulur. Erdoğan, Mustafa, Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi, İstanbul 2013, s. 21-23.

[89] Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 15. bs., Ankara 2014, s. 371.

[90] Gümüş Boyacı, s. 107.

[91] Narter, Recep / Kaya, Semih Batur, Olağanüstü Hal Rejimi: Alacakaranlıkta Yönetim, Ankara 2020, s. 30-31.

[92] Bayra, A. Ersin, "Dr. Jekyll'dan Mr. Hyde'a Modern Devlet'in İki Yüzü: Liberal Hukuk Devleti'nden Anayasal Diktatörlük'e", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 38.

sınırlandırılamayacak dokunulmaz haklar düzenlenmesi, olağanüstü rejimi ilan etmeyi gerektiren nedenlerin ortadan kalkmasıyla olağan düzene geçilmesi gibi sınırlar olağanüstü dönemde hukuki rejim içinde kalmak için önemli ve gereklidir[93].

Pek çok anayasa olağanüstü rejimlerde hangi hak ve özgürlüklerin korunacağını, hangilerinin sınırlandırılabileceğini düzenlemiştir[94]. Bu hususta anayasalarda pozitif liste yaklaşımı ve negatif liste yaklaşımı olmak üzere iki farklı usul izlenmiştir. Pozitif liste yaklaşımında, olağanüstü rejim ilan edildiğinde kısmen veya tamamen sınırlanabilecek temel hak ve özgürlükler listelenmiştir. Bu listenin dışında kalan hak ve özgürlüklere dokunulmamalıdır. Yunan Anayasası ve İspanyol Anayasası buna örnektir[95]. Negatif liste yaklaşımında ise olağanüstü hal rejiminin uygulandığı durumlarda bile askıya alınamayacak, sınırlandırılamayacak veya herhangi bir şekilde ihlal edilemeyecek temel hak ve özgürlükler listelenmiştir[96]. Bulgaristan, Estonya, Güney Afrika, Hollanda Anayasalarında yer alan derogasyon hükümleri bu yaklaşıma örnektir[97]. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da negatif liste yaklaşımı benimsenmiştir. Aşağıda Anayasa ve insan hakları sözleşmelerinde yer alan söz konusu düzenlemeler detaylı olarak incelenmiştir. Fakat öncesinde literatürde farklı şekillerde tanımlanan olağanüstü hal ve derogasyon kavramlarına ilişkin kavramsal çerçeve çizilmiştir.

[93] Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s. 259-260.
[94]Farklı ülkelerin anayasalarında yer alan olağanüstü hallerde sınırlandırılabilecek/ sınırlandırılamayacak hakların listeleri için bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, Konularına Göre Karşılaştırmalı Dünya Anayasaları, Ankara, 2022.
[95] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 247.
[96] Gümüş Boyacı, s. 69-70.
[97] Türkiye Büyük Millet Meclisi, s. 143, 150, 154, 155, 158.

2. OLAĞANÜSTÜ HAL VE DEROGASYON

2.1. Olağanüstü Hal Kavramı

Olağanüstü hal kavramı multidisipliner bir kavram olup İngilizce'deki "state of emergency" kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır. "Emergency", beklenmeyen olayların meydana gelmesi ya da devletin hemen harekete geçmesini gerektiren durum; destek ya da yardıma acil ihtiyaç halidir. Olağanüstü hal ise genelde tehlike barındıran ve acilen harekete geçmeyi gerektiren ani ve öngörülemeyen kriz hali olarak tanımlanmaktadır[98]. Üzerinde uzlaşılan genel geçer bir tanım olmamasına rağmen olağanüstü halin geçici ve istisnai olduğu konusunda yaygın bir kanaat mevcuttur.

Zukerman'ın ortaya koyduğu üç temel bileşen, olağanüstü halin hukuki niteliğinin anlaşılması bakımından açıklayıcıdır. Buna göre olağanüstü hal beklenmez, öngörülemez ve anidir; siyasi ve hukuki düzenin varlığına, bütünlüğüne yahut devamlılığına karşı önemli bir tehdit oluşturur ve son olarak geçici bir süreliğine acil eylem gerektirir[99].

Olağanüstü hal rejimi, anayasada öngörülen ölçütlere ve kanunlara uygun olarak, hak ve özgürlüklerin geçici bir süreliğine sınırlandırılması suretiyle idareye hızlı hareket etme imkanı sunan bir rejim olarak tanımlanmaktadır[100]. Türk doktrinindeki tanımlar genelde kamu düzeni ekseninden yapılmakta, kamu düzenine yönelik tehdidin olağan hukuk düzeninde ortadan kaldırılamadığı haller olağanüstü hal olarak tanımlanmaktadır[101]. Devletin güvenlik ve selametini tehlikeye düşüren bunalım hali olan olağanüstü hal, temel hak ve özgürlüklerin olağan döneme göre geçici olarak sınırlandığı rejim olarak da tanımlanmaktadır[102].

---

[98] Esen, Selin, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, Bursa 2008, s. 5.
[99] Narter / Kaya, s. 27-28.
[100] Narter / Kaya, s. 30.
[101] Adıgüzel, Rıza. "Hukuk Devleti Bağlamında Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejiminin Sınırları", Ankara Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı 3, 2023, s. 5.
[102] Behçet, Muhammed, "Olağanüstü Hal Uygulaması ve Teorik Temelleri", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014, s. 4.

Olağanüstü hal rejiminin uygulanmasına neden olan sebepler doğası gereği hukuka ilişkin atipik olay ve olgulardan oluşmaktadır[103]. Ancak olağanüstü halin ivedi ve zorunluluk doğuran niteliği nedeniyle bu olay ve olgulara ilişkin her bir hususun öngörülmesi mümkün olmamaktadır[104]. Savaş, savaş tehlikesinin baş göstermesi, ayaklanma, iç karışıklıklar, afet ve salgın hastalıklar gibi devlet ve toplumun güvenliğini büyük tehlikeye atan olağandışı olay ve olgular, olağanüstü hal rejiminin uygulanmasına neden olabilmektedir. Siyasal olan bu tür *de facto* durumlar için *de jure* çözüm getirme amacı, olağanüstü hali normatif tabanı itibariyle hukuk ve siyasetin kesişim kümesinde tutmaktadır[105]. Olağanüstü hallerde bazı normların devre dışı bırakılması hukuk literatüründe derogasyon kavramıyla karşılık bulmaktadır. Bu kavramın Türkçeye farklı anlamlara gelecek şekilde çevrilmesi ise anlam karmaşasına neden olmaktadır. Bu sebeple çalışma kapsamında kavramsal birliği sağlamak için öncelikle söz konusu kavrama ilişkin terminolojiye yer verilmektedir.

2.2. Derogasyon Kavramı

"Bir kuralın belirli bir durumda uygulanmaması, devre dışı bırakılması", anlamına gelen "derogation" teriminin Türk hukuk terminolojisinde doğrudan bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu sebeple söz konusu terim, Fransızca telaffuzu esas alınarak "derogasyon" şeklinde Türk hukuk doktrinindeki yerini almıaktadır[106]. Ancak uluslararası hukuk metinlerinde yer alan "derogation" kavramı Türkçeye yükümlülük azaltma, yükümlülükten sapma[107], ayrık haller[108], aykırılık, istisna, sapma[109], askıya alma, (yükümlülüklere) aykırı tedbirler alma, hak ve özgürlüklerin kullanılmasının

[103] Kaya, Semih Batur, "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Olağanüstü Halin Hukuki Rejimi Üzerine Bir İnceleme" TBB Dergisi, Cilt 34, Sayı 158, 2022, s.2.
[104] Yeşil, s. 32.
[105] Narter / Kaya, s. 27.
[106] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 408.
[107] Önok, Murat, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Olağanüstü Hal Uygulamaları", KHK'ler Türkiyesinde Savunma Hakkı Paneli, 12 Kasım 2016, Ankara, s. 112.
[108] Öktem, Akif Emre, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, 2. bs., İstanbul 2011, s. 387.
[109] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 923.

durdurulması, bir kuralın içeriğinin gevşetilmesi, hafifletilmesi[110] gibi farklı şekillerde çevrildiği için literatürde derogasyonun anlamı üzerinde uzlaşılamamıştır[111].

AİHS m. 15'in orijinal metninde yer alan "derogation" kelimesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Üzerine Sözlükte[112] belli koşullar altında bir hakkın kullanılmasına getirilen geçici sınırlama şeklinde, "derogable rights and freedoms" kelime öbeği ise "sınırlandırılabilen hak ve özgürlükler" olarak çevrilmektedir. "Derogation", Avrupa Birliği Terimleri Sözlüğünde[113] ise "sapma, derogasyon" kavramları ile karşılık bulmaktadır. MSHS m. 4'te yer alan "right of derogation" ibaresi ise TBMM tarafından aykırılık, aykırılık hakkı olarak tercüme edilmektedir[114].

Resmi Türkçe kaynaklarda ve doktrinde ise "derogasyon" kavramı çoğunlukla "askıya alma" şeklinde çevrilmektedir[115]. Oysa askıya alma kavramının İngilizce karşılığı "suspension" şeklindedir ve kavram uluslararası hukukta bir sözleşmenin belli bir süre boyunca uygulanmamasını karşılamak için kullanılmaktadır[116]. Mesela Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8. maddesinde "suspension" kavramıyla özel koşullara bağlanan farklı bir süreç düzenlenmektedir[117]. Ancak AİHS sisteminde askıya alma kurumu bulunmamaktadır. Askıya alma, bir şeyin belli bir süreyle uygulanmaması, durdurulması, yürürlükten kaldırılması, yasaklanması anlamlarına gelmektedir[118]. Askıya alma durumunda var olan tek kuralın uygulaması tamamen askıya alınmakta ve başka bir kural devreye girmemektedir. Derogasyon ise bir kuralın yerine başka bir

---

[110] Kaya, 2017 Anayasa Değişiklikleri, s. 5.
[111] Şirin, s. 32.
[112] Glossary of the European Convention on Human Rights (2017). Council of Europe, s. 7, https://edoc.coe.int/en/european-convention-on-human-rights/7661-glossary-of-the-european-convention-on-human-rights-sozluk-avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-uzerine.html(11.05.2024) Sözlük, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Ulusal Uygulama Bölümü tarafından geliştirilmiştir. Sözlüğün Türkçe çevirisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü tarafından yapılmıştır.
[113] T.C. Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Avrupa Birliği Terimleri Sözlüğü, 2009, s. 96 https://www.ab.gov.tr/files/Sozluk/glossary_for_the_european_union.pdf (11.05.2024).
[114] TBMM internet sitesinde yer alan Sözleşme metni için bkz.: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf (15.05.2024).
[115] Adalet Bakanlığının resmi internet sitesindeki çeviri için bkz.: https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/25032022152620Convention_TUR.pdf (15.05.2024).
[116] Gümüş Boyacı, s. 131.
[117] Şirin, s. 32.
[118] Gümüş Boyacı, s. 130.

kuralın uygulanmasıdır. Derogasyonda alternatif kurallar arasında ikame söz konusu olmaktadır[119]. Doktrinde "askıya alma" yerine *Osman Doğru*'nun AİHS çevirisinde kullandığı "yükümlülük azaltma" kavramının kullanılması önerilmektedir[120]. Çünkü bu ifade olağanüstü halde bile derogasyon yetkisini kullanan devletlerin yükümlülüklerinin azalsa bile devam ettiğini göstermektedir[121]. Nitekim MSHS m. 4'te yer alan derogasyon kavramı Adalet Bakanlığı'nın çevirisinde de "yükümlülükleri azaltma" olarak karşılık bulmaktadır[122].

Uluslararası insan hakları hukuku bağlamında derogasyon kavramı, devletlerin olağanüstü hallerde bireylerin hak ve özgürlüklerine saygı ve koruma yükümlülüklerinden belirli koşullar altında ve belli oranda kaçınması imkanı sağlayan sınırlı ve denetime tabi hukuki bir rejim olarak tanımlanmaktadır[123]. Bu kavram özel koşullar altında belli otoriteler tarafından verilen meşru bir hakkı ifade etmek için kullanılmaktadır[124].

Derogasyon kavramının mahiyetinin daha iyi anlaşılması için, *Kemal Gözler*'in açıklamalarından hareketle, benzer kavramlardan farkının açıklanması yerinde olacaktır. Öncelikle derogasyon genel hükme nispeten konulan özel bir hüküm değildir. Çünkü derogasyon ile devre dışı bırakılan kural, geçici bir süreliğine uygulanma kabiliyetini tamamen yitirmekte, genel hüküm olarak bile uygulanmamaktadır. İkinci olarak derogasyon istisna mefhumundan da farklıdır. İstisna durumunda kaide geçerliliğini korumaya devam etmektedir. Fakat *deroje eden* kural sadece belli bir durumda uygulanmakta ve aynı değeri taşıdığı *deroje edilen* kuralı devre dışı bırakmaktadır. Derogasyon ilgadan da farklıdır. Mülga olan kural geçerliliğini her zaman için ve tamamen yitirirken *deroje edilen* kural, belirli bir durum

[119] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 415.
[120] Şirin, Tolga, "1982 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak", Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 5, Sayı 10, 2016, s. 479-481; Önok, s. 112.
[121] Şirin, İnsan Hakları, s. 32.
[122] Adalet Bakanlığının resmi internet sitesinde yer alan Sözleşme metni için bkz.: https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf (15.05.2024).
[123] Gümüş Boyacı, s. 129.
[124] Gülmez, Didem Buhari / Soyaltın Colella, Diğdem, "Avrupa Bütünleşmesi Çalışmalarında Derogasyonlar Meselesi", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2019, s. 9, ResearchGate (14.05.2024).

ve süre için uygulanmamakta, ancak varlığını ve başka durumlara uygulanabilirliğini sürdürmektedir. Son olarak derogasyon bir kuralı ihlal etmekten, ona aykırı davranmaktan da farklılık arz etmektedir. Çünkü derogasyona konu olan kuralın belli durumlarda devre dışı bırakılmasının nedeni, normlar hiyerarşisinde en az bu kuralla aynı seviyede olan başka bir kuraldır[125]. Zaten geçerli bir derogasyondan söz edilebilmesi için derogasyonun, devre dışı bırakılan kural ile normlar hiyerarşisinde aynı veya daha üst seviyede bulunan bir kuralla düzenlenmiş olması aranmaktadır. Yani bir anayasa hükmü ancak anayasadaki bir hükümle derogasyona tabi tutulabilmektedir[126]. Olağanüstü hal rejiminin hukukun sınırları içinde kalması için bu kurala ve derogasyon hükümleri bağlamında düzenlenen diğer kurallara riayet edilmesi önem arz etmektedir.

2.3. Olağanüstü Hal ve Derogasyon Rejimi

Hukuka bağlı devletlerde olağanüstü hal rejimi güvenlik kaygısıyla belli ölçüde otoriter karaktere bürünse de hiçbir zaman hak ve özgürlükleri ortadan kaldıran keyfi bir rejim niteliğini almamaktadır. Bu hallerde takdir yetkisi genişleyen yürütme organı olağan dönemde bağlı olduğu birtakım hukuki sınırlamalardan kurtularak daha hızlı hareket etme, hak ve özgürlüklere olağan dönemlere göre daha fazla müdahale etme imkanı bulmaktadır. Ancak bu yetkiler ona kayıtsız şartsız her istediğini yapabilme olanağı sunmamaktadır. Çünkü olağanüstü hallerde hukukun askıya alınması söz konusu değildir. Hatta devletin artan yetki ve otoritesinin hukuki çerçeve içinde kalmasına en çok olağanüstü halde ihtiyaç duyulmaktadır[127]. Zira olağanüstü hal dönemleri insan haklarına en çok müdahale edilen zamanlardan biridir. Bu dönemlerde mahkeme önüne çıkarılmaksızın ve suçlama nedeni belirtilmeksizin uzun süreli gözaltılar gerçekleştirilmektedir. Benzer şekilde işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve ceza yasağı ihlal edilmektedir[128]. Buradan hareketle olağanüstü hallerde yürütme organına durumun gerektirdiği ölçüde tedbir alma hususunda hareket serbestliği tanınsa da, olağanüstü yetkilerin kullanılması denetime tabi tutulmaktadır.

[125] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 408-409.
[126] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 408.
[127] Kaya, 2017 Anayasa Değişiklikleri, s. 5.
[128] Öktem, s. 389.

Bu da olağanüstü hal rejiminin hukuk rejimi olma niteliğini korunması bakımından önemlidir[129]. Nitekim AİHS'in hazırlık çalışmalarında da bu hususa değinilmekte, derogasyon hükümlerinin, yürütmenin yetkisini genişletmekten ziyade denetim altına alınmasına hizmet ettiği vurgulanmaktadır[130].

Olağanüstü hal rejiminin olağanlaşmaması ve hukuk çerçevesi içinde kalması gerekmektedir. Bu sebeple olağanüstü rejim ilan etme nedenlerinin, bunu ilan etmeye yetkili organın, olağanüstü halin zamansal ve mekansal sınırlarının ve dokunulamaz hakların önceden belirlenmesiyle hukuki çerçevenin çizilmesi büyük önemi haizdir[131]. Bu bağlamda mahiyeti gereği hak ve özgürlüklere daha fazla müdahale etme imkanı veren olağanüstü hal rejiminin yürütülmesinde meydana gelebilecek zararların önlenebilmesi için bu rejimin hukuki çerçevesinin devletler tarafından hukukun genel ilkelerine bağlı kalarak anayasalarda düzenlenmesi gerekmektedir. Çünkü anayasalar, kanunlara kıyasla değiştirilmesi daha zor ve doğrudan devlet iktidarına hitap eden hukuk kaynaklarıdır[132]. Bu yönüyle bir ülkenin hukuk düzeninde kişilerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen en üstün hukuki güce sahip belgelerdir[133].

Diğer taraftan olağanüstü rejimlere dair hukuk literatüründe monist ve düalist görüş olmak üzere iki farklı yaklaşım öne çıkmaktadır. Monist görüşü savunan yazarlar olağanüstü durumların, siyasi toplumların karşılaşabileceği tehlikelerin varlığını kabul etmekte, ancak istisnailik fikrini reddetmektedir. Buna göre istisnai haller doğası gereği anayasadan sapılmasını yahut anayasanın kısmen veya tamamen askıya alınmasını varsaydığından anayasanın etkililiğini tehlikeye atmakta, dolayısıyla özgürlüğü tehdit etmektedir. Bu yazarlara göre siyasal yaşamın bir parçası olan olağanüstü haller, istisnai değişimleri gerektirmediği gibi meşrulaştırmaz. Tehlikelerle

[129] Kapani, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 4. bs., İstanbul 2011, s. 116.
[130] Buna rağmen sözleşmelerin hazırlık sürecinde baskın olan görüş yürütmenin yetkisini sınırlamaktan ziyade korumak yönünde olmuştur. Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 57.
[131] Işık, Kübra, "Türkiye'de Olağanüstü Hal Dönemlerinde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kasım 2019, s. 36-38.
[132] Işık, s. 36.
[133] Bilir, Faruk / Yanık, Murat, Sorularla Anayasa Hukuku, 2. bs., İstanbul 2013, s. 3.

mücadele etmek için olağan döneme ait normlardan ayrılmak devletin varoluş amacını yitirmesine neden olmaktadır[134].

Düalist yaklaşım ise olağanüstü dönemlerde olağanüstü yetkilere duyulan ihtiyacı kabul ederek olağan dönemleri olağanüstü dönemlerden ayırmaktadır. Söz konusu yetkileri geçici sürelerle sınırlayarak hukuki güvenlik, hak ve özgürlüklerin teminatı gibi temel ilkeler doğrultusunda hukukun üstünlüğünü korumanın mümkün olduğunu savunmaktadır. Bu yaklaşımdan hareketle bazı insan hakları sözleşmelerinde olağan ve olağanüstü durum ayrımı hukuki çerçevede kurumsallaştırılmaktadır. Bu minvalde olağanüstü hallerde belli koşullar altında devletlerin sözleşmelerle korunan hakların bir kısmına yönelik yükümlülüklerini azaltmalarına imkan tanıyan derogasyon hükümleri düzenlenmektedir[135].

Olağanüstü tedbirlerin uygulanmasında hukuki çerçevenin dışına çıkılması, olağanüstü yetkilerin istismar edilmesi yahut olağan döneme ilişkin kurallarda kalıcı değişiklikler yapılması tehlikesine karşı[136] olağanüstü halin hukuki rejim sınırları içinde kalması elzemdir. Bu sebeple anayasalarda ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ihdas edilen derogasyon hükümleri, insan hakları ve güvenlik arasında bir denge-denetleme mekanizması kurulması amacına hizmet etmektedir[137].

İnsan haklarının korunmasına dair uluslararası sözleşmelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 15. maddesinde, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) 4. maddesinde ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (AmeİHS) 27. maddesinde derogasyona ilişkin normatif düzenlemelere yer vermektedir. Bu düzenlemelerin uygulanması ise sözleşmelerin denetim mekanizmaları ile gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Böylece olağanüstü hallerde devletlerin ihtiyaçları ve bireylerin hakları arasında bir denge kurmak amaçlanmaktadır. Bunun için devletlerin genişleyen yetkileri kötüye kullanmasını engellemek maksadıyla onlara

[134] Gümüş Boyacı, s. 118-119.
[135] Gümüş Boyacı, s. 119-120.
[136] Gümüş Boyacı, s. 118.
[137] Kafadar, Muhammed Fatih, "Olağanüstü Hallerde Derogasyon: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin Karşılaştırmalı İncelemesi", Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 8.

birtakım sınırlandırmalar getirerek insan haklarının azami şekilde tahribatıyla krizlerin üstesinden gelmek hedeflenmektedir[138].

Sözleşmelerde yer alan derogasyon hükümlerinin, olağanüstü hallerde devletlere bazı yükümlülüklerden kurtulma imkanı vermesi sebebiyle sözleşmelerin daha fazla sayıda devlet tarafından onaylanmasını da kolaylaştırdığı ileri sürülmektedir[139]. Ancak bu imkan, devletler tarafından suiistimal edilme riski taşımakla birlikte sözleşmelerin güvenilirliğini yitirmesine ve yeterince dikkate alınmamasına neden olma ihtimalini de barındırmaktadır[140]. Söz konusu riskleri önlemek için derogasyona ilişkin düzenlemelerin doğru şekilde uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi önem arz etmektedir.

2.4. Olağanüstü Hallerde Derogasyona İlişkin Düzenlemeler

2.4.1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Yer Alan Düzenlemeler

6771 sayılı Kanun ile Anayasa'nın bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Kanunla değiştirilen hükümlerden bir kısmı da olağanüstü hal yönetimine ilişkindir. Mezkur Kanun ile uzun yıllardan beri olağanüstü hal yönetim usulü olarak düzenlenen sıkıyönetim kaldırılmış ve Anayasa'nın olağanüstü rejimle ilgili olan 120, 121 ve 122. maddeleri ilga edilmiştir. Olağanüstü hal yönetimi ise tek madde olarak 119. maddede düzenlenmiştir. Çalışmanın konusu olağanüstü hallerde derogasyon ile ilgili olduğundan Anayasa'nın olağanüstü hal yönetimi ile ilgili 119. maddesine burada sadece değinmekle yetinilmiş, ilgili yerlerde gerekli açıklamalar derogasyon bağlamında yapılmıştır.

2017 yılında Anayasa'da yapılan söz konusu değişiklikle olağanüstü hal ilanı konusundaki yetki Bakanlar Kurulundan alınarak Cumhurbaşkanına verilmiştir. Yeni sistemde Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi de kaldırıldığı için süreç

[138] Gümüş Boyacı, s. 126.
[139] Hafner-Burton, Emilie M., et al. "Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties." International Organization, vol. 65, no. 4, Fall 2011, s. 678. HeinOnline, (13.06.2024).
[140] Pelc, Krzysztof J. "Seeking Escape: The Use of Escape Clauses in International Trade Agreements." International Studies Quarterly, vol. 53, no. 2, 2009, pp. 350. JStor, (13.06.2024).

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ilerlemektedir[141]. OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri için geçerli olan yargısal denetim yasağı ise OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için de geçerliliğini korumaktadır[142]. AYM'nin söz konusu yasağa ilişkin iki farklı yaklaşımı bulunmaktadır. Mahkeme, ilk olarak 1991 yılında verilen ve istikrarlı şekilde uygulanarak içtihada dönüşen kararlarında maddi kriter bağlamında inceleme yapmak suretiyle sınırlı bir denetim yolu benimsemiştir. Buna göre AYM, incelediği düzenlemenin gerçek bir OHAL Kanun Hükmünde Kararnamesi olup olmadığını tespit edilmesi, buna ilişkin unsurları taşımayan düzenlemelerin olağan dönem Kanun Hükmünde Kararname sayılması suretiyle incelenmesi yoluna gitmiştir[143]. Fakat 2016 yılında bu içtihattan vazgeçilmiş ve Anayasa'nın 148. maddesindeki yasak[144] uyarınca OHAL Kanun Hükmünde Kararnamelerinin yargısal denetime kapalı olduğuna hükmedilmiştir[145].

OHAL Kararnamelerine ilişkin yargısal denetim yasağı doktrinde çokça eleştirilmektedir. Zira olağanüstü hallerde yürütme organının genişleyen yetkileriyle hak ve özgürlükleri daha fazla sınırlandırabilmesi mümkündür. Bu hallerde artan yetkiler, çoğunlukla OHAL kararnameleri ile hukuk düzeninde karşılık bulmaktadır[146]. Bu bağlamda yürütme organının denetlenmesi, keyfiliğin önlenmesi ve hukuk devleti ilkesinin geçerliliğini koruması bakımından özel bir önem taşımaktadır[147]. Çünkü yargısal denetim sayesinde devletin hukuk kurallarına bağlılığı sağlamlaştırılmakta, böylece hukuk devleti ilkesinin uygulanması sağlanmaktadır[148].

---

[141] Turabi, Selami, Olağanüstü Hal Hukuku ve Bireysel Başvuru, Ankara 2017, s. 19.

[142] Anayasa'nın 119. maddesi uyarınca savaş ve mücbir sebepler yüzünden TBMM'nin toplanamaması hali istisna olmak üzere; OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri 3 ay içinde Meclis'te görüşülüp karara bağlanmadığı takdirde kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır. Söz konusu kararnameler TBMM'de onaylanıp kanunlaştığı takdirde diğer kanunlar gibi yargı denetimine tabi olacaktır. Böylece OHAL kararnameleri için öngörülen siyasi denetim ve dolaylı olarak da yargısal denetim güçlendirilmiş olmaktadır. Şentop, Seniha Begüm, "Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Meselesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, 2022, s. 107.

[143] AYM, E. 1990/25, K. 1991/1 sayılı 10.01.1991 tarihli karar; AYM, E. 2003/28, K. 2003/42 sayılı 22.05.2003 tarihli karar.

[144] Maddede olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin şekil ve esas yönünden Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla AYM'ye dava açılamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile yargısal denetim yolu kapanmış, söz konusu Kararnameler için TBMM tarafından yapılacak olan siyasal denetim usulü kabul edilmiştir. Şentop, s. 94.

[145] AYM, E. 2016/167, K. 2016/160 sayılı 12.10.2016 tarihli karar.

[146] Şentop, s. 106.

[147] Şentop, s. 83.

[148] Şentop, s. 74-75.

Yargısal denetim, bir hukuk rejimi olan olağanüstü hallerde, hak ve özgürlükler için öngörülen güvencelerin hukuki değerinin korunması bakımından da büyük önem taşımaktadır. OHAL kararnamelerinin yargısal denetimin dışında tutulması, derogasyona konu edilemeyen haklara sağlanan güvencenin de anlamını yitirmesine neden olabilmektedir[149]. OHAL döneminde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yargısal denetimi konusunda doktrindeki tartışmalar devam etmekle birlikte, çalışmanın kapsam ve sınırı gözetilerek bu tartışmalara sadece değinmekle yetinilmektedir.

Anayasa'nın 119. maddesinin 5. fıkrasında olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında 15. maddedeki ilkelerin esas alınacağı düzenlenmektedir. "Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" başlıklı 15. maddenin 1. fıkrasına göre savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması veya bunlar için Anayasa'da sağlanan güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür. Ancak bunun meşru ve geçerli olabilmesi için durumun gerektirdiği ölçü aşılmamalı ve milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı davranılmamalıdır. Maddenin 2. fıkrasında, 1. fıkrada belirtilen durumlarda bile derogasyona konu edilemeyecek haklar düzenlenmektedir. Buna göre savaş hukukuna uygun fiiller neticesindeki ölümler istisna olmak üzere yaşam hakkına ve maddi ve manevi varlığın tümlüğüne dokunulamaz. Kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini izhar etmeye icbar edilemez ve bunlar nedeniyle suçlanamaz. Suç ve cezalar geçmişe yürütülemez. Suçluluğu mahkeme kararıyla hükme bağlanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Bu madde AİHS'in "olağanüstü hal durumunda derogasyon" başlıklı 15. maddesinden iktibas edilmiştir. Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenen de aslında derogasyon olduğundan madde başlığının "olağanüstü hal yönetiminde derogasyon" şeklinde olması gerekirken muhtemel ki derogasyonun tam Türkçe karşılığı olmadığından "durdurma" kavramı tercih edilmiştir[150]. Ancak hak ve özgürlüklerin

[149] Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 21. bs., İstanbul, 2017, s. 43-44.
[150] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 414.

kullanılmasının durdurulması, yukarıda derogasyon kavramına ilişkin olarak yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, derogasyon demek değildir.

Durdurma kavramı, "daraltma" anlamındaki sınırlandırma kavramından çok daha ileri bir müdahaleyi ifade etmektedir[151]. Sınırlandırma hakların kullanım alanlarının bir kısmının ortadan kaldırılmasını, hakkın kullanılmasına ilişkin kısıtlamaları ifade ederken; hakkın durdurulması söz konusu olduğunda kullanım alanları ve buna yönelik imkanları tamamen durdurulmaktadır. Yani hakkın sınırlanmasıyla kullanım alanı kısıtlanırken, hakkın durdurulmasında kullanım alanının geçici bir süre tamamen sona erdirilmesi söz konusu olmaktadır[152]. Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM) de 26.12.2013 tarihli E.2013/57, K.2013/162 sayılı kararında sınırlamanın, belli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da sağlanan imkanlarını daraltmasına rağmen devam ettirdiğini ifade etmektedir. Durdurma ise temel hak ve özgürlükten belli bir süre için yararlanamamayı, onu kullanamamayı anlatmaktadır.

Anayasa'da olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasından söz edilirken, olağanüstü dönemler için temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması düzenlenmektedir. Ancak "durdurma" kavramı, hak ve özgürlüklere sağlanan korumaların olağanüstü hallerde tamamen "durdurulduğuna" dair yanlış bir izlenim oluşturması sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir[153]. Durdurma kavramına getirilen eleştirilerden biri de sınırlandırma kavramının, durdurma kavramını da kapsayacak bir anlamı olması nedeniyle durdurma kavramının kullanılmasının gereksiz, anlamsız ve yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebilecek olduğudur. Bu düşünceye göre olağan ve olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleleri ifade etmek için "sınırlandırma" kavramı tercih edilmelidir[154].

[151] Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 13. bs., İstanbul 2013, s. 158-159.
[152] Değirmenci, Mehmet, "Türkiye'de Temel Hak ve Hürriyetlerin Durdurulmasının Anayasal Çerçevesi", Erzurum Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 10, 2020, s. 54.
[153] Gümüş Boyacı, s. 129.
[154] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 420.

Temel hak ve özgürlükler olağan dönemde 13. maddeye, olağanüstü dönemde 15. maddeye göre sınırlandırılabilmektedir. Bu iki madde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından ayrı sistemler içeren iki çerçeve maddedir. 15. madde, 13. maddenin dışında ve ötesinde, ondan bağımsız bir sınırlandırma sistemi düzenlemektedir. Bu bağlamda Anayasa iç içe geçmiş iki farklı sınırlandırma sistemi, biri olağan dönemlerin diğeri olağanüstü dönemlerin ve kriz durumlarının anayasası olmak üzere adeta birbirinden bağımsız iki anayasa öngörmektedir[155].

Olağanüstü hal yönetiminin ilan edilmesi halinde 15. madde uygulanarak 13. maddeyi devre dışı bırakmakta, başka bir ifadeyle derogasyona tabi tutmaktadır. Bu durumda temek hak ve özgürlükler 13. maddeye göre değil, 15. maddeye göre sınırlandırılabilmektedir. Yani Anayasa'nın 13. maddesinde olağan dönemler için tanınan güvenceler olağanüstü hal yönetiminde geçerliliğini yitirmektedir[156]. Olağanüstü hallerde 13. maddeye hatta genel olarak Anayasa'nın öngördüğü güvencelere aykırı olacak şekilde tedbirler alınması mümkün hale gelmektedir[157].

15. maddenin lafzi yorumu karşısında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından olağan ve olağanüstü durumlar için ölçülülük ilkesi dışında ortak bir şart olmadığı ileri sürülmektedir. Buna göre olağanüstü hallerde, olağan dönemden farklı olarak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için kanunilik ilkesinin gözetilmesi gerekmemektedir[158]. Ancak doktrinde aksi yönde bir görüş, hukuk devleti ilkesinin temeli olan kanunilik ilkesine olağanüstü hallerde de uyulması gerektiğini savunmaktadır. Çünkü BM'nin OHAL bağlamında yayımladığı Siracusa İlkelerinde olağanüstü hallerde dahi hukukun üstünlüğü ilkesine saygının esas olduğuna işaret edilmektedir[159].

[155] Sağlam, Fazıl, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 1, 1984, s. 262.
[156] Turabi, s. 26.
[157] Nitekim olağanüstü haller için 15. maddede, 13. maddede olduğu gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk şartı aranmamıştır. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 197.
[158] Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 137.
[159] Şirin, 1982 Anayasası, s. 493-494.

Anayasa'nın 13. maddesinde olağan dönem için hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlandırmaların Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olması gerekirken 15. maddede bu şart bulunmamaktadır. Ancak AİHM olağanüstü hallerde yapılan müdahalelerin ölçülülük ilkesine uygunluğunu denetlemek için ilk olarak meşru amacı değerlendirmektedir. Yani sınırlandırmanın elverişli, orantılı ve gerekli olup olmadığına meşru amaç doğrultusunda karar vermektedir[160]. Bu sebeple olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklere getirilen sınırlandırmalar için Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlılık şartı aranmasa da sınırlandırmaların meşru bir sebebe dayanması gerektiği söylenebilmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinden farklı olarak 15. maddede sınırlandırmalar bakımından demokratik toplumun ve laik cumhuriyetin gereklerine uygunluk şartı da aranmamaktadır[161]. Buna rağmen doktrinde, 15. maddede düzenlenen uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere uygunluk şartı doğrultusunda, AİHM'in içtihatlarında bu şartı ölçülülük ilkesi ile birlikte uygulaması nedeniyle olağanüstü hallerde bu şartın da geçerli olabileceği ileri sürülmektedir[162]. Benzer şekilde 15. maddenin lafzi yorumuyla olağanüstü hallerde öze dokunma yasağının da geçerli olmadığı kabul edilmektedir[163]. Fakat doktrinde aksi yöndeki görüşler AİHM'in demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini, öz kriterini esas alarak yorumlaması[164] nedeniyle, hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlandırmaların demokratik toplum düzeninin gerekleri

[160] Şirin, 1982 Anayasası, s. 496.
[161] Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 137.
[162] AİHM içtihatlarında "olağanüstü hallerde dahi yargısal denetimin demokratik toplumun temel unsuru olduğu (Brannigan ve McBride / Birleşik Krallık, B.N.: 14553/89 ve 14554/89, K.T.: 26.05.1993)", "avukatların, mesleklerini bir müdahale olmadan icra edebilmesinin demokratik toplumun temel bileşeni olduğu (Elçi ve diğerleri / Türkiye, B.N.: 23145/93, 25091/94, K.T.: 13/11/2003)" ve "derogasyona konu edilemeyen yaşam hakkı ve işkence yasağının demokratik toplumun en temel değerlerinden biri olduğu (A. ve diğerleri / Birleşik Krallık, B.N.: 3455/05, K.T.: 19/02/2009)" ifade edilmiştir. Şirin, 1982 Anayasası, s. 497.
[163] Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 137.
[164] Anayasa Mahkemesi de E. 1985/21, K. 1986/23 sayılı, 06.10.1986 tarihli kararında benzer şekilde kişilerin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez nitelikteki temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları tümüyle kullanılmaz hale getiren sınırlandırmaların demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılmayacağını ifade etmiştir. Kızılyel, Serkan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü, İstanbul 2014, s. 128 ve 133-135.

kriterine uygun olmadığı kabul etmektedir[165]. Bu doğrultuda her ne kadar hakkın özüne dokunma yasağı ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriterleri olağan düzen için öngörülmüşse de, bu kriterlerin kendisinden daha ağır şartları barındıran olağanüstü hal rejimleri için evleviyetle geçerli olduğu ileri sürülmektedir[166]. Böylece hakkın özüne dokunma yasağı olağanüstü hallerde sınırlandırmanın sınırı olarak ifade edilmektedir[167].

Anayasa Mahkemesinin 10.03.2022 tarihli güncel bir kararı[168] doktrindeki farklı yaklaşımları uygulamanın bakış açısıyla değerlendirmek bakımından ufuk açıcıdır. Söz konusu kararda başvurucular olağanüstü hal döneminde kamu makamlarının kararlarına aykırı olarak çeşitli toplantılarda bulunmaları nedeniyle uygulanan idari para cezasının toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İdari para cezalarının dayandığı yasaklama kararlarının tüm ülkede olağanüstü hal yönetiminin sürdüğü bir zaman diliminde verilmesi nedeniyle Mahkeme, ihlal iddiasına ilişkin incelemelerin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacağına karar vermiştir. Ancak bu incelemede öncelikle sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlama ilkelerine uygun olup olmadığının tespit edilmesi, bu ilkelere aykırılık bulunması halinde de 15. maddede düzenlenen ölçütlerin bu aykırılığı meşrulaştırıp meşrulaştırmayacağının değerlendirilmesi yoluna gideceğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda öncelikle Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırma ölçütlerinden kanunilik, meşru amaç, Anayasa'nın toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının düzenlendiği 34. maddesinde belirtilen haklı sebeplere dayanma ve demokratik toplumda gereklilik şartlarını hakkın özüne dokunma yasağı ile birlikte değerlendirmiştir. Sonuç olarak söz konusu müdahalenin demokratik toplumun gereklerine uymadığı ve 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu minvalde Anayasa'nın 15. maddesi doğrultusunda değerlendirmeye geçmiştir. Öncelikle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının Anayasa m. 15/f. 2'de sayılan derogasyona konu edilemeyen haklardan olmaması sebebiyle bu hak

[165] Bulut, Nihat, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak", AÜEHFD, Cilt 4, S. 1-2, 2000, s. 36.
[166] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 20-21.
[167] Bayra, Güvenlik Devleti, s. 170.
[168] AYM, Adnan Vural ve diğerleri, B.N.: 2017/36237, K.T.: 10.03.2022 https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/36237 (24.06.2024).

bakımından Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği sonucuna ulaşmıştır. Ardından toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının Türkiye'nin taraf olduğu MSHS'nin 4. maddesinin 2. fıkrasında, AİHS'in 15. maddesinin 2. fıkrasında ve ek protokollerde sayılan derogasyona konu edilemeyen haklar arasında sayılmaması bağlamında uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler bakımından da değerlendirme yapmıştır. Son olarak somut olayın koşullarını değerlendirmiş ve hakka yapılan müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna vararak Anayasa'nın 15. ve 34. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır[169].

Başkan, başkan vekili ve üyelerin bir kısmı kararın "Uygulanabilirlik" kısmında varılan sonuca farklı gerekçeyle katılmışlardır. Zühtü Arslan önce 13. sonra 15. maddeye göre yapılan ikili inceleme yönteminin sakıncalarına değinmiştir. Ardından bu yöntemin güncellenmesi ve müdahalenin olağanüstü hal tedbiri olduğu tespit edildiğinde bunun sadece 15. madde bakımından incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Benzer şekilde Hasan Tahsin Gökcan da öncelikle Mahkemenin çoğunluğu tarafından OHAL dönemi işlemlerine ilişkin bireysel başvurularda Aydın Yavuz ve diğerleri kararından[170] itibaren benimsenen ikili inceleme yönteminin sürdürülmesinin mahzurlarını izah etmiştir. Ardından derogasyonun mahiyeti gereği denetimin 13. maddeye göre değil 15. maddeye göre yapılması gerektiğine dair görüş bildirmiştir. Adı geçen diğer üyeler de Mahkemenin Aydın Yavuz ve diğerleri kararından beri istikrarlı bir şekilde uyguladığı söz konusu ikili inceleme yönteminin, 5 yıllık tecrübe neticesinde artık uygulanmaması gerektiği yönünde çeşitli gerekçelerle görüş bildirmişlerdir.

---

[169] Anayasa Mahkemesinin başka bir kararında başvurucu, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılmasının vali tarafından yasaklanması nedeniyle, katıldığı anma toplantısına kolluk görevlilerince yapılan müdahalenin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AYM bu iddialara ilişkin incelemenin, valinin yasaklama kararını verdiği tarihte tüm ülkede olağanüstü hal yönetiminin sürmesi nedeniyle 15. madde kapsamında yapılacağını belirlemiştir. Ancak bu incelemede öncelikle sınırlamanın Anayasa'nın 13. ve 34. maddelerinde düzenlenen sınırlandırma koşullarına uygunluğunun değerlendirilmesi, bunlara aykırılık bulunması halinde de 15. maddede düzenlenen ölçütlerin bu aykırılığı meşrulaştırıp meşrulaştırmayacağının değerlendirilmesi yoluna gideceğini ifade etmiştir. Yapılan değerlendirmenin ardından da toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan müdahalenin olağanüstü halin gerektirdiği ölçüde olmaması nedeniyle söz konusu hakkın ihlal edildiğine hükmetmiştir. AYM, İlknur Özcan, B.N.: 2019/7314, K.T. 16.11.2022 https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/7314 (24.06.2024).

[170] AYM, Aydın Yavuz ve diğerleri, B.N.: 2016/22169, K.T.: 20.6.2017, par. 193-195, 242.

13. ve 15. maddelerin uygulanması hususunda dikkat edilmesi gereken noktalardan biri de olağanüstü hal yönetimine tabi olmayan durumlar için, yürürlükte kalmaya devam eden 13. maddenin uygulanması gerektiğidir. Olağanüstü hal yönetimi yer bakımından sınırlı olduğundan, ülkenin tamamında değil de bir bölgesinde olağanüstü hal yönetimi ilan edildiği takdirde yalnızca orada 15. madde uygulanacak, geri kalan yerlerde 13. madde uygulanmaya devam edecektir. Olağanüstü hal yönetiminin konu bakımından da sınırlı olması nedeniyle tüm ülkede olağanüstü hal yönetimi ilan edilmiş olsa bile, olağanüstü hal ile ilgili konularda 15. madde, ilgisiz konularda 13. madde uygulanacaktır. Hangi konunun olağanüstü hal ile ilgili olduğunun tespitinde konu bakımından yetki kuralları uygulanacak ve olağanüstü hal yönetimi ilan işleminin sebep unsuruna göre belirleme yapılacaktır. Olağanüstü hal yönetiminin sona ermesiyle 15. madde uygulamadan çekilecek, 13. madde kendiliğinden tam olarak uygulanmaya başlayacaktır[171].

15. maddede olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına izin verilmektedir. Ancak AYM kararlarında da ifade edildiği üzere bu sınırlandırma keyfi ve sınırsız şekilde yapılamamakta, belli ölçütlere tabi olmaktadır[172]. Bu ölçütler şunlardır:

- Olağanüstü hal ilan edilmiş olmalıdır.

Hak ve özgürlüklerin 15. maddeye göre sınırlandırılabilmesi için evvela ülkede savaş, seferberlik veya olağanüstü hal sebeplerinden birine dayanarak olağanüstü hal yönetimi resmen ilan edilmiş olmalıdır. Ülkede savaş, ayaklanma, terör, salgın hastalık gibi durumların bizzat yaşanıyor olması, olağanüstü hal yönetiminin resmen ilan edilip yürürlüğe girmesine kadar, hak ve özgürlüklerin olağanüstü hal yönetimine göre değil, olağan dönemlerdeki sınırlandırma koşullarına göre sınırlandırılabilmesi sonucunu doğurmaktadır[173].

[171] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 409-412.
[172] AYM, 12.10.2016 tarihli, E. 2016/166, K. 2016/159 sayılı karar.
[173] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 245.

- Ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir.

15. maddeye göre hak ve özgürlüklere yapılabilecek müdahalenin sınırlarından biri, olağan dönemde getirilecek sınırlandırmalar gibi, ölçülülük ilkesine uygun olmasıdır. Bu ilke bünyesinde gereklilik, elverişlilik ve orantılılık unsurlarını barındırmaktadır. Bu unsurlar 13. maddede getirilen ölçülülük ilkesinden farklı olarak, olağanüstü halin gerektirdikleri bağlamında değerlendirilmektedir. Yani getirilen sınırlamanın olağanüstü hal yönetimi ilan etme amacına ulaşmak için gerekli ve elverişli olması, amaç ile araç arasında orantı bulunması gerekmektedir. Söz konusu amaç olağanüstü hal yönetiminin ilan edilmesine neden olan durumun ortadan kalkması[174] ve bozulan kamu düzeninin yeniden tesis edilmesidir[175]. Olağanüstü hal ilanıyla yapılacak sınırlandırmaların bu amacın gerçekleşmesine katkıda bulunması beklenmektedir[176]. Gereklilikten söz edebilmek için de tehlikeyi ortadan kaldırmayı mümkün kılan, ancak temel hak ve özgürlükleri azami derecede sınırlayan önlemler tercih edilmelidir. Daha yumuşak nitelikteki araçlarla amaca ulaşmak mümkünken daha sert araçların tercih edilmesi ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir[177]. Bunun tespiti için sorulan başka bir alternatif olup olmadığı sorusuna olumsuz yanıt veriliyorsa ölçülülük ilkesine riayet edilmektedir[178].

Ölçülülük ilkesi Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarında üzerinde önemle durulan konulardan biridir. Mahkeme bir kararında alınacak tedbirlerin olağanüstü hal yönetiminin ilanına neden olan tehdit veya tehlikenin sonlandırılması amacı bakımından gerekli ve elverişli olması gerektiğini ifade etmiştir. AYM'ye göre söz konusu amaç doğrultusunda meydana gelen kamu menfaati ile hak ve özgürlüklere

[174] İnalkaç Kırbıyık, Ruveyda, "Anayasa Hukuku Kapsamında Ölçülülük İlkesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara 2022, s. 74-76.
[175] Günday, Metin, İdare Hukuku, 10. bs., Ankara 2013, s. 318.
[176] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 426.
[177] Aliefendioğlu, Yılmaz, "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, 1992, s. 32.
[178] Büyüktavşan, Muhammed Taha, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesi Uyarınca Taraf Devletlerin Sözleşme'den Kaynaklanan Yükümlülüklerinin Azaltılması (Derogasyon)" Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2023, s. 217-218.

yapılan müdahalenin kişiler üzerindeki menfi etkisi arasında orantı olması gerekmektedir[179].

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında[180] olağanüstü hal yönetiminde yapılan bir sınırlandırmanın durumun gerektirdiği ölçüde olabilmesi için öncelikle keyfi olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre ölçülülüğün tespitinde olağanüstü hal yönetimine neden olan durumun özellikleri ile bunun sonucunda ortaya çıkan koşulların dikkate alınması gerekmektedir. Ölçülülüğün unsurlarının değerlendirilmesinde, olağanüstü tedbire başvurulduğu zaman, dönemin şartları, sınırlandırılan hak ve özgürlüğün özelliği hususlarının hepsi birlikte değerlendirilmektedir. Bunun yanı sıra kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran tedbirin süresi ile kapsam ve ağırlığı da bireyin üzerindeki külfeti etkilediğinden ölçülülüğün tespitinde dikkate alınmaktadır.

15. maddede getirilen ölçülülük kriteri, 13. maddeye göre temel hak ve özgürlükleri daha fazla sınırlandırmaya müsaade etmektedir. Olağanüstü hal yönetimindeki tedbirlerin ölçülülüğü değerlendirilirken bu husus göz önünde tutulmalıdır. 15. maddedeki ölçülülük ilkesi spesifik olarak "olağanüstü hal yönetiminin uygulanmasına sebep olan durum" karşısındaki ölçülülüğü ifade etmektedir. Nitekim bu husus 15. maddede "durumun gerektirdiği ölçüde" şeklindeki düzenleme ile "durum"a yapılan atıftan da anlaşılmaktadır[181]. Nihayet kamu makamlarının olağanüstü hal yönetimi nedeniyle genişleyen takdir alanında ölçüsüz ve keyfi müdahalelere maruz kalan bireylerin, bunlara karşı koyabilecekleri usuli güvencelerden yararlandırılmaması da ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

- Uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı hareket edilmemelidir.

Uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler, uluslararası hukukun genel ilkelerini ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan

[179] İnalkaç Kırbıyık, s. 74.
[180] AYM, Başvuru No: 2018/24245, K.T. 08.10.2020 s. 39-40 https://www.anayasa.gov.tr/media/7027/2018-24245.pdf (07.05.2024).
[181] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 426.

yükümlülükleri kapsamaktadır[182]. Bu sözleşmelerden Türkiye için önemli bir yeri olan AİHS'in olağanüstü dönemlerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusundaki yaklaşımı çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenmektedir. Sözleşme'nin denetim organı olan AİHM'in içtihatları da yükümlülüklerin uygulanması bakımından yol göstericidir. Türkiye'nin taraf olduğu, bünyesinde derogasyon hükümlerine yer veren diğer bir sözleşme olan MSHS'nin düzenlemeleri de Türkiye için bağlayıcıdır. Bu bağlamda olağanüstü hallerde her iki sözleşmede öngörülen bildirim yükümlülüklerine uyulmalıdır.

- Derogasyona konu edilemeyen haklara dokunulmamalıdır.

Olağanüstü rejimde haklar üzerindeki kayıtlamalar daha ağır olmasına karşın hakların tümü üzerinde aynı derecede etki oluşturmamaktadır. Derogasyona konu edilemeyen hak ve özgürlükler, hem devletlerin anayasalarında hem de insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde düzenlenmektedir. Böylece her zaman, her yerde ve herkes için koruma alanı oluşturulmaktadır[183]. Bu haklar, anayasalarda ve uluslararası belgelerde kapsam bakımından farklılık göstermekte ve listeler giderek genişlemektedir[184].

Derogasyona konu edilemeyen haklar Anayasa'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında negatif liste yaklaşımı ile sayılmak suretiyle düzenlenmektedir[185]: Yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığın bütünlüğü hakkı (Savaş hukukuna uygun olarak gerçekleştirilen eylemler sonucundaki ölümler bu hakların ihlali olarak değerlendirilmemektedir.); işkence, kulluk ve kölelik yasağı; din, düşünce ve kanaatlerini açıklamak zorunda olmama ve bunlar nedeniyle kınanmama hakkı, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ve işlemlere maruz kalmama hakkı, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ve suçluluğun mahkeme kararıyla hükme bağlanmasına kadar suçlu

[182] Yokuş, Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikayetine Etkisi, Ankara 2017, s. 43.
[183] Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s. 260.
[184] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1429.
[185] Gümüş Boyacı, s. 70.

sayılmama ilkesi[186]. Bunların dışında kalan hak ve özgürlükler uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere ve ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlandırılabilmekte, bunların sağladığı güvencelere aykırı tedbirler alabilmektedir[187].

Uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler bağlamında, Anayasa m. 15/f. 2'de sayılan hakların yanı sıra, Türkiye için bağlayıcı olan uluslararası sözleşmelerden olan AİHS ve MSHS'de düzenlenen derogasyona konu edilemeyen haklar da olağanüstü hallerde sınırlandırılamayan haklar kapsamındadır. Çalışmanın asıl konusu derogasyona konu edilemeyen bu haklara ilişkin olduğundan burada sadece bu açıklamalarla yetinilmekte, bu haklara ilişkin koruma ikinci bölümde detaylı olarak incelenmektedir.

Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenen güvencelerin yanı sıra hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında olağanüstü halin bizzat kendi hukuki rejiminden kaynaklanan sınırlar da bulunmaktadır. Buna göre olağanüstü hal yönetimi zaman, yer ve sebep bakımından sınırlı rejimdir[188]. Yani zaman bakımından geçici olduğu gibi yer bakımından da belli bölgelere veya ülkenin tümüne ilişkindir[189]. Bu sınırlar dışında kalan yer ve zamanlarda hak ve özgürlükler olağanüstü hal yönetimine göre değil olağan dönemlerdeki kurallara göre sınırlandırılabilmektedir. Anayasa'nın olağanüstü hal yönetimi için öngördüğü geçici süre 119. maddede en fazla altı ay olarak düzenlenmektedir. TBMM'nin gerekli gördüğü takdirde bu süreyi kısaltması veya uzatması mümkündür. Olağanüstü hal yönetiminin süresi dolup uygulaması sona erdiğinde hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar başkaca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden ortadan kalkmaktadır[190].

Olağanüstü hallerde, olağan döneme dönmek amacıyla yapılan düzenlemelerin geçici nitelikte olması gerekmektedir. Ancak bazı hallerde olağanüstü hal yönetimi

[186] Gözler, Kemal, "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", Ankara Barosu Dergisi, Cilt 47, Sayı 4, 1990, s. 578.
[187] Yokuş, s. 43.
[188] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 430.
[189] Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 159.
[190] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 248.

sona erdikten sonra olağan dönemde de etkisini sürdürmektedir. Kimi zaman da tehdit veya tehlikenin vahameti olağan dönem mekanizmaları ile giderilebilecek seviyeye gerilediği halde olağanüstü halin uzatılması söz konusu olmaktadır. Bu durum olağanüstü halin olağanlaşması olarak ifade edilmekte ve doktrinde ciddi şekilde eleştirilmektedir. Olağanüstü dönem için çıkarılan yasaların da olağan döneme ilişkin olmaması gerekmektedir[191].

Olağanüstü hal ilan edilebilmesi için sebep unsuru bakımından da birtakım sınırlamalar düzenlenmektedir. Yani olağanüstü hal yönetiminde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında sebebe bağlılık ilkesi geçerli olmaktadır. Buna göre olağanüstü hal hangi sebeple ilan edilmişse, sınırlandırmalar da ancak o sebebe göre yapılabilmektedir. 119. maddeye göre olağanüstü hal, ancak savaş, savaşa neden olacak bir durumun ortaya çıkması, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı güçlü ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet eylemleri, kamu düzeninin şiddet eylemleri yüzünden ciddi şekilde bozulması, doğal afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalım hallerinin yaşanmasına bağlı olarak ilan edilebilmektedir.

Anayasa'da yer alan tüm bu güvenceler ve sınırlandırmalarla Türkiye'de olağanüstü hal, geçici ve sınırlı bir rejim olarak düzenlenmektedir. Ancak yine de yürütmenin oldukça genişleyen yetkileri karşısında sınırsız ve keyfi bir iktidar tehlikesine karşı söz konusu sınırların korunması için etkili bir yargısal denetimin varlığı zorunludur. Aksi halde olağanüstü rejimin her an fiili bir hukuk dışı yönetime dönüşmesi mümkündür[192].

Anayasa'nın olağanüstü hal yönetiminde temel hak ve özgürlüklere dair genel hükmü olan 15. maddenin yanı sıra farklı maddelerde özel hükümler de düzenlenmektedir[193]. Örneğin m. 17/ f. 4'te olağanüstü hallerde yetkili merciler

[191] Gümüş Boyacı, s. 112.
[192] Adıgüzel, s. 4, 10.
[193] Tanör / Yüzbaşıoğlu s. 159.

tarafından verilen emirlerin yerine getirilmesi veya bir isyan yahut ayaklanmanın bastırılması esnasında silah kullanmaya kanunun izin verdiği mecburi hallerde gerçekleşen öldürmeler, yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirme hakkının istisnası olarak düzenlenmektedir. M. 18/ f. 2'de ise zorla çalıştırma yasağına olağanüstü haller bakımından bir istisna getirilmekte ve bu hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetlerin, ülkenin gereksinimleri nedeniyle zorunlu olan alanlardaki vatandaşlık ödevi niteliğini taşıyan beden ve fikir çalışmalarının zorla çalıştırma sayılmayacağı hüküm altına alınmaktadır. Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin düzenlendiği 19. maddede ise yakalama veya tutuklama sürelerinin üst limitinin olağanüstü hallerde uzatılabileceği hüküm altına alınmaktadır[194]. Anayasa'daki tüm bu düzenlemelerin yanı sıra Türkiye'nin taraf olduğu AİHS ve Birleşmiş Milletler MSHS'de yer alan düzenlemeler de olağanüstü hallerde hakların sınırlandırılması bakımından dikkate alınması gereken kuralları ihtiva etmektedir.

2.4.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Yer Alan Düzenlemeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1950 yılında imzalanıp 1952'de yürürlüğe girmiş; 1954 yılında da Türkiye tarafından imzalanmıştır[195]. Sözleşme ve sözleşmenin kapsamını genişleten ek protokollerde, çoğunlukla BM tarafından medeni ve siyasi haklar olarak anılan, Anayasa'da kişi hakları ve siyasal haklar olarak düzenlenen birinci kuşak haklara dair düzenlemeler yer almaktadır[196]. AİHS, insan haklarına dair asgari standartları temsil etmekte ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne göre daha sınırlı sayıda hakka dair güvence içermektedir. Buna rağmen uygulama mekanizması sayesinde dünyanın en başarılı uluslararası hukuk sistemi ve en gelişmiş uluslararası yargı sürecini içeren sistem olarak nitelendirilmektedir[197]. Sözleşme'nin koruma sisteminin temel organlarından biri olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa Komisyonu'nun yargı yetkisine sahip organı olarak AİHS'ten kaynaklanan

[194] Yokuş, s. 42.
[195] Gözübüyük, Şeref / Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. bs., Ankara 2016, s. 12.
[196] Sosyal haklar Avrupa Konseyi tarafından Avrupa Sosyal Şartında düzenlemiştir. Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 12.
[197] Cengiz, Serkan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası, Ankara 2023, s. 29-30.

yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini denetlemek amacıyla 1959 yılında kurulmuştur[198].

AİHM devletler-arası şikayetleri ve vatandaşlar ile sivil toplum kuruluşları gibi devlet dışı aktörlerin bireysel başvurularını çözüme kavuşturmakla görevlidir[199]. Bunun yanı sıra Mahkeme, talep üzerine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne ve taraf devletlerin yüksek mahkemelerine Sözleşme ve Ek Protokollerin yorumlanmasına ilişkin olarak danışma görüşü vermekle görevlendirilmiştir[200]. AİHM kararlarının uygulanmasından ise Bakanlar Komitesi[201] sorumludur. Komite, Mahkeme tarafından Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar verilip icrası için kendisine gönderilen "adilane tazmin" ve/veya "bireysel/genel tedbirler"i gündemine almaktadır. İhlali gerçekleştiren devlet gerekli tazmini sağlayana ve/veya tedbirleri alana kadar da konuyu gündeminde tutmaktadır[202]. Bunun yanı sıra Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Parlamenterler Meclisi ve İnsan Hakları Komiseri vasıtasıyla da üye devletlerin Sözleşme'de düzenlenen yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği takip edilmekte, gerektiğinde devletler üzerinde siyasi baskı oluşturulmaktadır[203].

AİHS sistemindeki denetim mekanizması, taraf devletlerin 15. madde uyarınca derogasyona başvurmaları halinde tüm Avrupa Konseyi organları aracılığıyla yürütülmektedir. Yakın geçmişte derogasyon bildiriminde bulunan Ukrayna (2015), Fransa (2015) ve Türkiye (2016) ile ilgili olarak Parlamenterler Meclisi, 24 Nisan 2018 tarihli oturumunda derogasyon uygulamalarına ilişkin olarak ilgili devletlere ve Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tavsiyelerde bulunmuştur. Meclis, devletlere derogasyon kapsamında alınan tedbirlerin son derece dikkatli ve son çare ilkesine uygun olarak uygulamalarını ve Genel Sekretere düzenli olarak bilgi vermelerini önermiştir. Genel Sekreter'e ise derogasyona başvuran devletlerle, derogasyon

[198] Cengiz, s. 108.
[199] Akıllıoğlu, Tekin, İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, 3. bs., Ankara 2019, s. 857.
[200] Kafadar, s. 40.
[201] Komite, Avrupa Konseyi'nin siyasal organlarından biridir ve üye devletlerin Dışişleri Bakanlarından müteşekkildir; AİHM kararlarının yerine getirilmesini izlemek ve bu amaca yönelik işlemlerde bulunmakla görevlidir. Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 32.
[202] Kafadar, s. 41.
[203] Kafadar, s. 41-42.

uygulamasının Sözleşme'de düzenlenen sınırlar içinde gerçekleşmesi hususunda sürekli iletişim halinde olmasını tavsiye etmiştir[204].

Olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinde, Türkçeye "olağanüstü hallerde (yükümlülükleri) askıya alma" şeklinde tercüme edilen "olağanüstü hal durumlarında derogasyon (derogation in time of emergency)" başlığı altında düzenlenmiştir. Böylece taraf devletlerin, olağanüstü hallerde Sözleşme ve Ek Protokollerle korunan hak ve özgürlüklere müdahale eden tedbirleri, birtakım maddi ve usuli sınırlamalarla hukuki çerçevede alabilmesi mümkün hale gelmiştir[205].

15. maddeye göre taraf devletler, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike hallerinde Sözleşme'de öngörülen "yükümlülüklerine aykırı tedbirler" alabilmektedir. Bu tedbirler durumumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olmalı ve devletlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine uygunluk şartını sağlamalıdır. Maddenin 2. fıkrasında 2, 3, 4/1 ve 7. maddelerde düzenlenen yükümlülüklere aykırı tedbirler alınamayacağı, yani bu maddelerde yer alan hakların derogasyona konu edilemeyeceği düzenlenmektedir. 3. maddede ise birtakım usuli gerekliliklere yer verilmektedir. Buna göre taraf devletlerin derogasyona başvurmaları halinde aldıkları tedbirleri gerekçelendirmek suretiyle Avrupa Konseyi Genel Sekreterini tam olarak bilgilendirme yükümlülüğü vardır. Ayrıca tedbirlerin sona erdiği ve Sözleşme hükümlerinin tümünün tekrar geçerli olduğu tarih de Genel Sekretere bildirilmelidir.

AİHS bu derogasyon hükmü ile olağanüstü hallerde taraf devletlere Sözleşme'de düzenlenen belli hak ve özgürlükleri sınırlı bir şekilde ve denetim altında sınırlandırabilme olanağı sağlamaktadır. Fakat hukuki çerçeve içinde kalabilmek için buna birtakım sınırlar getirmektedir[206]. Olağanüstü hallerde derogasyonun sınırları maddede düzenlendikleri sıraya göre incelenecektir:

---

[204] Kafadar, s. 42.
[205] Gümüş Boyacı, s. 158.
[206] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesine İlişkin Rehber, Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma, 2019, s.5 https://www.echr.coe.int/d/guide_art_15_tur (20.05.2024).

- Savaş veya ulusun yaşamını tehdit eden genel tehlike mevcut olmalıdır.

Sözleşme'nin taraflarının derogasyona başvurabilmesi için ilk olarak olağanüstü halin ilan edilmesini haklı ve gerekli kılacak olağanüstü bir durum söz konusu olmalıdır. Bu durum fiili olarak gerçekleşmemiş olsa bile böyle bir tehlikenin yakında gerçekleşeceğine dair ciddi işaretler varsa buna dayanarak olağanüstü hal ilan edilebilir. Yani olağanüstü rejimin ilan edilmesine sebep olabilecek olağanüstü durumlar savaş veya ulusun varlığına yönelik tehdit oluşturan genel nitelikli tehlike olarak iki grupla ifade edilebilir.

Bu tehlikelerden en açık olanı savaş hali olmakla birlikte[207] doktrinde savaş kavramının mahiyeti hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Buna göre savaş kavramıyla; devletlerarasında ilan edilen resmi bir savaşın, devletin fiilen uluslararası silahlı çatışmaya dahil olması durumunun ve hatta iç savaşlar ile tarafların savaşın varlığını dahi inkar ettiği çatışma durumlarının kastedildiği ileri sürülmektedir[208].

Ulusun varlığına yönelik tehdit oluşturan genel tehlike kavramı olağanüstü halin varlığına yönelik değerlendirmenin yapıldığı ilk dava olan Lawless/İrlanda davasında, AİHM tarafından ülkede yaşayan herkese tesir eden ve toplumun düzen içindeki yaşamına yönelik tehdit niteliği taşıyan, istisnai ve yakın bir kriz yahut tehlike olarak yorumlanmaktadır[209]. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve AİHM'in kararlarına göre söz konusu tehlikenin yaşanıyor veya çok yakında yaşanacak olması ve sonuçlarının ülke nüfusunun yalnızca bir kısmını değil tümünü etkileyecek nitelikte olması halinde olağanüstü hal ilan edilmesi meşru olabilmektedir[210].

Ülkenin sadece belli bir bölgesinde yaşanan bir krizin de ulusun varlığına yönelik tehdit oluşturan genel bir tehlike olarak nitelendirilmesi mümkündür[211].

---

[207] Boyar, Oya, "Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (ed. Sibel İnceoğlu), 3. bs., İstanbul 2013, s. 101.
[208] Gümüş Boyacı, s. 160.
[209] Döner, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara 2003, s. 87.
[210] Yokuş, s. 92-93.
[211] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesine İlişkin Rehber, s. 6.

Tehlikenin ülkenin geneline yayılması şart değildir, bölgesel olarak yaşanan olağanüstü hallerde de tüm ulusun varlığının tehdit altında olması halinde derogasyona başvurulabilmektedir. Nitekim İrlanda/Birleşik Krallık ile Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık davalarında Mahkeme, olağanüstü hal ilan edilmesine neden olan olaylar her ne kadar büyük ölçüde Kuzey İrlanda'da yaşansa da, Birleşik Krallık'ın derogasyon yetkisini kullanması bakımından tüm ulusun varlığının tehlikede olduğunu kabul etmiştir[212]. Benzer şekilde Türkiye'nin ağırlıklı olarak Güneydoğu Anadolu bölgesinde yaşanan şiddet olayları nedeniyle yapmış olduğu derogasyon bildirimine ilişkin Aksoy/Türkiye kararında Mahkeme, söz konusu terör faaliyetlerinin ilgili bölgede ulusun yaşamına yönelik tehdit teşkil eden genel tehlike oluşturduğuna kanaat getirmiştir[213].

AİHM, 15. maddede yer alan ulusun yaşamına dair tehdit oluşturan genel bir tehlike halinin olup olmadığını ilgili başvurularda her somut olayın koşullarını göz önünde alarak münhasıran değerlendirmektedir. Ancak Mahkeme bunun tespit edilmesi ve tehlikenin ortadan kaldırılması için başvurulan tedbirlerin kapsamının belirlenmesi bakımından ulusal makamlara geniş bir takdir yetkisi vermektedir[214].

İrlanda/Birleşik Krallık kararında Mahkeme, durumun gerektirdiği acil ihtiyaçlarla doğrudan ve sürekli temasta olmaları nedeniyle taraf devletlerin ulusal makamlarının, ilke olarak tehlikenin varlığının tespiti ve sınırlandırmaların nitelik ve kapsamına karar verilmesi hususunda uluslararası bir yargıçtan daha yetkin bir durumda olduğundan bu makamlara geniş bir takdir payı bırakılması gerektiğini ifade etmiştir[215]. Mahkeme, konuyla ilgili kararlarında derogasyon bildiriminde bulunan devletler yönünden ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike olup olmadığı hususunda sınırlı da olsa bir denetim yaptığını, ancak bu hususta ulusal makamlara geniş takdir yetkisi verildiğini vurgulamıştır. Bununla birlikte AİHM; ulusal makamlara verilen takdir yetkisinin sınırsız olmadığını, devletlerin krizin neden olduğu zorunlulukların

[212] B.N. 5310/71, 18.01.1978 tarihli İrlanda/ Birleşik Krallık kararı ve B.N. 14553/89-14554/89, 26.05.1993 tarihli Brannigan ve McBride/ Birleşik Krallık kararı.
[213] B.N. 21987/93, 18.12.1996 tarihli Aksoy / Türkiye kararı, 31 ve 70. paragraf; Boyar, s. 102.
[214] Adıgüzel, s. 18.
[215] B.N.: 5310/71, 18.01.1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararı https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506 (20.05.2024).

kesin olarak gerektirdiği ölçüyü aşmayacak şekilde davranması gerektiğini belirtmiştir[216]. Mahkeme takdir yetkisine dair denetiminde olağanüstü hale neden olan koşulları, olağanüstü hal süresi ve olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlerden etkilenen hakların niteliği gibi pek çok konuyu birlikte değerlendirmiştir[217].

AİHM kararları doğrultusunda özetle genel bir tehlikenin varlığından söz edebilmek için tehlikenin dört unsuru barındırması gerektirmektedir: Mevcut veya her an gerçekleşebilecek kadar yakın olma, ulusun tamamına yönelik olma, toplumun yaşamını organize olarak sürdürmesine yönelik tehdit oluşturma, Sözleşme'de olağan dönem için sağlanan tedbir veya sınırlandırma imkanlarının yetersiz kalacağı vahamette istisnai olma[218].

Derogasyon hükümlerine başvurmak için her an gerçekleşebilecek yakın bir tehlikenin varlığı gerekse de mutlaka tehlikenin ortaya çıkması gerekmemektedir. Fakat bu nitelikteki tehlike, her an sonuç doğurabilecek nitelikte somut olmalı ve tehlikenin olası sonuçlarının vahamet derecesi yüksek olmalıdır. Ekonomik sıkıntılar genel olarak derogasyona başvurmak için tek başlarına yeterli bir neden olarak görülmemektedir. Bununla birlikte istisnai olarak sosyal ve siyasi çalkantılara sebebiyet veren büyük çaplı ekonomik krizlerin ulusun varlığına yönelik bir tehdit oluşturabileceği kabul edilmektedir[219].

- Savaş veya genel tehlike karşısında alınan önlemler durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşmamalıdır.

Sözleşme maddesinde yer alan "durumun kesinlikle gerektirdiği ölçü" ibaresi ölçülülük ilkesine işaret etmektedir. Bu ilkenin çatışan hukuki menfaatler arasında

[216] AYM, B.N: 2018/24245, K.T.: 08.10.2020 kararında s. 43'te Brannigan ve McBride / Birleşik Krallık (B.N: 14553/89-14554/89. 26/5/1993) davasına atıf yapmıştır. https://www.anayasa.gov.tr/media/7027/2018-24245.pdf (15.05.2024).
[217] Dutertre, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Almanya 2003, s. 299' da 26 Mayıs 1993 tarihli Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık davası kararı, Seri A No. 258-B, s. 49-50, paragraf 43'e yapılan atıf.
[218] Zand, Joseph, "Article 15 of The European Convention on Human Rights and The Notion of State of Emergency", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 5 Sayı 1, 2014, s. 173.
[219] Önok, s. 115-116.

denge kurulması gerektiğinde "pratik uyuşum" sağladığı dikkate alındığında olağanüstü hallerde ölçülülük ilkesine uyulmasının zaruriliği izahtan varestedir[220]. Ölçülülük ilkesi ile bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile kamu yararının korunma amacı taşıyan kamu otoritelerinin müdahalesi alanları arasındaki normatif sınır belirlenmektedir[221].

AİHM tıpkı genel tehlike kavramının içeriğinin tespitinde olduğu gibi, bu tehlikeye karşı başvurulacak tedbirlerin kapsamının belirlenmesinde de uluslararası bir yargıca göre, içinde bulunulan durumun acil ihtiyaçları ile yakın ve sürekli ilişki halinde olan ulusal mercilerin daha yetkin olduğunu ifade etmektedir. Bu sebeple derogasyon kapsamında alınan tedbirlerin nitelik ve kapsamın belirlenmesinde ulusal makamlara geniş bir takdir marjı bırakılmaktadır. Takdir marjı doktrininin temelleri ilk kez derogasyonun uygulamasında ortaya çıktığı için 15. madde ile doktrin arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır[222]. Ancak ulusal makamların takdir marjına dayanarak derogasyona ilişkin verdiği kararlar elbette sınırsız ve keyfi biçimde kullanılamaz. AİHM içtihatlarıyla ulusal takdir marjının kendi denetiminde olduğunun altını çizmektedir. Keyfi uygulamalara karşı koruyan bu denetim de durumun kesinlikle gerektiği ölçüye riayet edilip edilmediğinin tespit edilmesiyle sağlanmaktadır[223]. Mahkeme bu hususun tespitinde, *deroje edilen* hükümlerden etkilenen hakların niteliği, olağanüstü hale neden olan koşulları ve olağanüstü halin süresini de dikkate almaktadır[224].

Olağanüstü hallerde uygulanması zaruri olan bu ilkeye göre devletler sadece özel durumun gerektirdiği ölçüde derogasyon hükümlerine başvurabilmektedir. Bu minvalde tehlike ile alınan önlemler birbiriyle orantılı olmalı; kullanılan araç, olağanüstü hali ortadan kaldırmaya yönelik meşru amacı gerçekleştirmek bakımından elverişli olmalıdır. AİHM ölçülülük denetiminde sınırlandırılan hak ve özgürlüğün

[220] Rumpf, Christian, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 10, 1993, s. 45.
[221] Rumpf, s. 46.
[222] Şirin, Tolga, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 4, Yıl 2013, s. 367.
[223] Gümüş Boyacı, s. 170.
[224] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesine İlişkin Rehber, s. 8.

niteliğini, olağanüstü halin sebep ve süresini, yetkilerin kötüye kullanılması halinde başvurulabilecek etkin güvencelerin varlığını dikkate almaktadır[225]. Fakat AİHM durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüye riayet edilip edilmediğini denetlerken sadece bunları değerlendirmekle yetinmemektedir. Araç ile amaç arasında kurulacak dengenin özgürlükçü orantılılık anlayışıyla sağlanmasını aranmaktadır. Özgürlükçü denge, aynı amaca götürecek araç alternatifleri arasından özgürlüğü en az kısıtlayacak olanın seçilmesini gerekli hatta zorunlu kılmaktadır. Aksi halde kamu otoritelerinin keyfiliğinden söz edilebilmekte ve bu durum hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmamaktadır[226].

Ölçülülüğün tespit edilebilmesi için ise ilk olarak meşru amacın ne olduğu net olarak belirlenmektedir. Çünkü ölçülülüğün referans noktası olan meşru amaç belirlenmeden müdahalenin ölçülülüğü değerlendirilememektedir. Sınırlamanın neye göre ölçülü olup olmadığını anlamak için öncelikle sınırlamanın nedeni yani meşru amaç netleştirilmektedir[227]. AİHM içtihatlarına göre ölçülülüğün değerlendirilmesinde şu sorular sorulmaktadır[228]:

-Olağanüstü durumların meydana getirdiği tehdidi ortadan kaldırmak için olağan dönem hukuku yeterli olur muydu?

-Başvurulan tedbirler gerçekten acil duruma cevap mahiyetinde miydi?

-Tedbirler amaçlarına uygun şekilde kullanıldı mı?

-Derogasyonun kapsamının sınırlı olmasına riayet edildi mi ve derogasyona başvurmak için ileri sürülen nedenlere bağlı kalındı mı?

-Derogasyona başvurma ihtiyacı sürekli olarak değerlendirilip denetlendi mi?

-Başvurulan tedbirler azaltıldı mı, bunlara karşı güvenceler ve uygulanabilir yargı denetimi öngörüldü mü?

-Bu tedbirler ayrımcılık yasağını ihlal edildi mi?

---

[225] Önok, s. 119.

[226] Birden, Emre, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Yükümlülüklere Aykırı Tedbirler Alabilme Yetkisinin Sınırı Olarak Keyfilik Yasağı", Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 5, Sayı 10, 2016, s. 449-451.

[227] Şirin, 1982 Anayasası, s. 496-497.

[228] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesine İlişkin Rehber, s. 8.

-Tedbirler orantılı mı, kanuna uygun mu, kanunda öngörülen usuller uyarınca uygulandı mı?

Taraf devletlerde bulunan en yüksek derece mahkemesi, tedbirlerin kesinlikle gerekli denebilecek seviyede olmadığına hükmetmişse, AİHM ancak söz konusu ulusal mahkemenin Sözleşme'nin 15. maddesini ya da AİHM'in yargı yetkisini yanlış yorumlaması veya uygulaması yahut verdiği kararın açık bir şekilde makul olmaması durumunda, tam tersi bir karara hükmetme konusunda haklı olmaktadır[229].

Olağanüstü önlemlere başvurulmasına neden olan tehlikenin vahametinde meydana gelecek azalış veya artış halinde alınacak önlemlerin de durumun gerektirdiği koşullara göre aynı ölçekte azalması veya artması gerekmektedir. Tehlikenin ortadan kalkması halinde ise alınan önlemlerin de sonlandırılması beklenmektedir. Özetle önlemler, mutlak gereklilik sonucunda ve onunla orantılı olarak uygulanmalıdır[230].

- Uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı hareket edilmemelidir.

AİHS'in 15. maddesine göre gerçekleştirilen bir derogasyon, devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine de uygun olmalıdır. Uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler kapsamına insan hakları ve insancıl hukuka dair hukuki belgeler, sözleşmeler, uluslararası teamül hukuku ve hukukun genel ilkeleri girmektedir[231]. Bu yükümlülüklere uygunluğun denetiminde yalnızca normlar değil, uluslararası insan hakları mekanizmalarının bu normlara ilişkin yorum, görüş ve kararları da dikkate alınmaktadır[232].

AİHS m. 15'te düzenlenen uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere uygunluk şartı, esasında AİHS m. 53'teki tanınmış insan haklarının korunması

[229] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesine İlişkin Rehber, s. 9.
[230] Yokuş, s. 94.
[231] Gümüş Boyacı, s. 188.
[232] Karan, Ulaş, "Olağanlaştırılmaması Gereken Olağanüstü Hal: Kriz Zamanlarında İnsan Hakları", İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Aralık 2016, http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/blog/olaganlastrlmamas-gereken-olaganustu-hal-kriz-zama/ (20.05.2024).

hükmünün sağlaması niteliğindedir[233]. Buna göre Sözleşme'nin hiçbir hükmü, taraf devletlerin kanunları ve taraf oldukları diğer sözleşmeler uyarınca tanınmış olabilecek hak ve özgürlükleri sınırlayacak veya ihlal edecek şekilde yorumlanamamaktadır. Yani AİHS'e taraf olan devletlerin taraf olduğu başka uluslararası sözleşmelerde daha katı düzenlemeler varsa taraf devletlerin bunlara uygun hareket etmesi gerekmektedir[234]. Ancak taraf devletlerin ilgili uluslararası sözleşmelerin olağanüstü hallerde hak ve özgürlükleri sınırlandırmaya imkan veren düzenlemelerine dayanarak usulüne uygun şekilde bildirimde bulunmak suretiyle hakların sınırlandırması mümkündür[235].

Derogasyonun uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklere uyumlu olup olmadığının tespitinde derogasyona konu edilemeyen haklar listesi önem arz etmektedir. Örneğin MSHS m. 4'te yer alan liste AİHS'in m.15/f.2'de yer alan listeye göre daha uzun ve kapsamlıdır. Bu minvalde Türkiye gibi, bir devletin hem AİHS'e hem de MSHS'ye taraf olduğu durumlarda MSHS'nin hak ve özgürlükleri koruma kapsamı daha geniş olduğundan haklar listesi bakımından onun uygulanması gerekmektedir[236].

Uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırılık iddiasıyla AİHM'in önüne gelen ilk dava olan Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık davasında başvuranlar, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler kapsamında Birleşik Krallık'ın taraf olduğu MSHS'de resmi ilan şartının bulunduğunu, ancak devletin bunu yerine getirmediğini ileri sürmüştür. AİHM ise İçişleri Bakanının Avam Kamarası önünde yaptığı beyanı resmi ilan olarak değerlendirmek suretiyle bu hususta bir ihlal olmadığına karar vermiştir[237].

[233] Kaya, Semih Batur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu, Ankara 2021, s. 222.
[234] Gümüş Boyacı, s. 184.
[235] Adıgüzel, s. 25.
[236] Döner, s. 87.
[237] Adıgüzel, s. 21; Boyar, s. 99.

- Derogasyona konu edilemeyen haklara dokunulmamalıdır.

15. maddenin 2. fıkrasında derogasyona konu edilemeyen, olağanüstü hallerde dahi sınırlandırılamayan haklar düzenlenmektedir. Bu haklar madde metninde meşru savaş fiilleri neticesinde meydana gelen ölümler istisna olmak üzere yaşam hakkı (madde 2), işkence yasağı (madde 3), kulluk ve kölelik yasağı (madde 4/fıkra 1) ve kanunsuz ceza olmaz ilkesi (madde 7) şeklinde sıralanmaktadır. Ancak Sözleşme'nin 2 ve 7. maddelerinde belirtilen haklara ilişkin istisnalar da geçerliliğini korumaktadır. AİHS'e ek protokollerde de olağanüstü hallerde derogasyona konu edilemeyen haklar düzenlenmektedir. Buna göre 13 numaralı protokolün 1. maddesinde düzenlenen *"ölüm cezasının kaldırılması"* ve 7 numaralı protokolün 4. maddesinde düzenlenen *"aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı"* da olağanüstü hallerde dokunulamayacak haklar kategorisindedir[238]. Derogasyona konu edilemeyen haklar ikinci bölümde detaylı olarak inceleneceği için, tekrara düşmemek adına, burada sadece söz konusu hakları zikretmekle iktifa edilmektedir.

- Resmi bildirim şeklinde düzenlenen usuli gerekliliklere uyulmalıdır.

Sözleşme'nin 15. maddesinin 3. fıkrasına göre derogasyona başvuran devletin, aldığı önlemler ve bunların gerekçeleri, derogasyon tedbirlerine başvurmanın başlangıç ve bitiş tarihleri hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aynı şekilde derogasyonun sona ermesi ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tam anlamıyla geçerlilik sağlaması halinde de bildirimde bulunulmalıdır[239]. Genel Sekretere bilgi verilmesinin amacı derogasyonun kamuya açıklanmasıdır. Böylece halkın, olağanüstü hal tedbirlerinin uygulamasının fiziksel, bölgesel ve zamansal kapsamını ve bunların hakları üzerindeki etkilerini bilmesi sağlanmaktadır. Bildirimin diğer bir amacı da Avrupa Konseyinin derogasyon sürecinin denetimi için gerekli bilgilere erişebilmesidir. Ancak tek başına bildirim, denetimi beraberinde getirmemektedir. Taraf devletlere karşı bir başvuru yapıldığı takdirde derogasyon süreci ve olağanüstü halin varlığı denetlenmektedir[240]. Genel

[238] Adıgüzel, s. 18.
[239] Yokuş, s. 96.
[240] Şirin, 1982 Anayasası, s. 501.

Sekreter derogasyon hakkında Sözleşmeye taraf olan diğer devletlere de mümkün olan en kısa sürede bilgi vermektedir.

Derogasyonda alınan tedbirlerin gerekçeleriyle açıklandığı hukuki metinlerin kopyasının eklendiği yazıyla, kaçınılmaz bir gecikmeye mahal vermeden, resmi ve aleni şekilde bildirim şartı sağlanmazsa, zorunluluk yerine getirilmemiş olacağından Sözleşme'nin 15. maddesi taraf devlette uygulama alanı bulmamaktadır[241]. Sözleşme'de süre sınırı öngörülmemekle birlikte olağanüstü halin yürürlüğe girmesinden 3-4 ay sonra yapılan bildirim gecikmiş kabul edilmekte, 12 gün sonra yapılan bildirim ise kabul edilebilir bulunmaktadır[242].

Özetle Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin korunması için yapılan incelemede AİHM, derogasyona başvurulmasıyla uygulanan tedbirlerin olağanüstü halin gereklerine uygun nitelik taşıyıp taşımadığını değerlendirmektedir. Bu incelemede ilk olarak 3. fıkradaki resmi bildirim ve bilgilendirme şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaktadır. Ardından ulusun varlığına yönelik tehlikeyi ortadan kaldırmak için derogasyona başvurulmasının zorunlu olup olmadığını, başvurulan tedbirlerin tehlikenin vahametiyle orantılı olup olmadığını değerlendirmektedir. Bunların yanı sıra tedbirlerin geçici bir süre için uygulanması, uygulamada meydana gelebilecek hak ihlalleri için etkili güvence mekanizmalarının öngörülmesi ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklere uygun davranılması gibi hususlar incelenmektedir. Bunlara ek olarak, AİHM'in yerleşik içtihatlarıyla tanımlanmış olan kanunilik, ulaşılabilirlik, öngörülebilirlik, gereklilik, belirlilik ve ölçülülük gibi ilkeler de göz önünde bulundurulmaktadır[243].

2.4.3. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde Yer Alan Düzenlemeler

BM Genel Kurulu tarafından 1966'da kabul edilip imzaya açılan Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 1976 tarihinde yürürlüğe girmiş, Türkiye tarafından 2000

[241] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesine İlişkin Rehber, s. 11.
[242] Önok, s. 128.
[243] Gönenç, Levent, ""Acele" Olağanüstü Hal", TEPAV, Birikim Dergisi, Darbe ve Rejim, Sayı 330, 2016, s. 45.

yılında imzalanıp 2003 yılında onaylanmıştır[244]. Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin taraf devletlerce uygulanmasını izlemek, devletlerin bunlara uymasını sağlamak ve denetlemek amacıyla, 18 uzman ve bağımsız üyenin Sözleşmeye göre seçilmesiyle İnsan Hakları Komitesi (İHK) oluşturulmuştur[245]. Komite, MSHS'nin 40. maddesi uyarınca taraf devletlerin, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesi için uygulamalarına dair sunduğu raporları[246] değerlendirme ve hazırladığı Genel Yorumları taraf devletlere iletme yetkisine sahiptir. Genel Yorumlar Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasıyla kapsamının netleştirilmesini sağlamaktadır[247]. Bunun yanı sıra İHK bir taraf devletin başka bir taraf devletin Sözleşme'yi ihlal ettiğine ilişkin iddiaların değerlendirilmesi (devletlerarası başvurular) ve MSHS ile güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini düşünen kişilerin bireysel başvurularının karara bağlanması ile görevlidir. Ancak bireysel ve devletlerarası başvurular devletlerin İHK'nın buna ilişkin yetkisini tanımasına bağlı olan takdiri bir denetim mekanizmasıdır[248].

BM İkiz Sözleşmeleri olarak anılan sözleşmelerden biri olan MSHS'de, olağanüstü hallerde taraf devletlere Sözleşme'den doğan yükümlülükleri tek taraflı ve istisnai olarak, geçici süreliğine azaltma imkanı veren derogasyon[249] konusu 4. maddede düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrasında, ulusun yaşamına yönelik tehdit oluşturan ve varlığı resmen ilan edilen olağanüstü bir durumun meydana gelmesi halinde taraf devletlerin Sözleşme'den kaynaklanan "yükümlülüklerinden ayrılan

[244] Gülmez, Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Ankara 2004, s. 199-200.
[245] Gemalmaz, Mehmet Semih, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İstanbul 2002, s. 6.
[246] Taraf Devletler, MSHS'nin kendileri için yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde bir başlangıç raporu, daha sonra da İHK'nın talebine göre rapor sunmakla yükümlüdür.
[247] Gemalmaz, Birleşmiş Milletler, s. 7.
[248] Kafadar, s. 50. Kendisine yapılan bireysel başvurularda İHK, Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği sonucuna vardığı takdirde ilgili devletin söz konusu ihlali gidermesine yönelik olarak başvurucuya tazminat ödeme ve/veya konuya ilişkin yasal düzenleme yapma şeklinde ilgili devlete tavsiyelerde bulunmaktadır. Daha sonra kararın ilgili taraf devletçe uygulanıp uygulanmadığı, ihlalin giderilip giderilmediği Takip Raportörü tarafından izlenmektedir. Komite bir mahkeme olmadığı gibi zorlayıcı bir yetkisi de olmasa da Sözleşme ile yetkilendirilmiş bağımsız bir uzman heyeti olması nedeniyle Komite kararları devletler tarafından ciddiye alınmaktadır. Kafadar, s. 53.
[249] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 1-2; Uyar, Lema, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, İstanbul 2006, s. 103.

tedbirler" almasının mümkün olduğu hüküm altına alınmaktadır. Ancak söz konusu tedbirler durumun gerektirdiği ölçüde olmalı, taraf devletlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine uygun nitelik taşımalı ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı ayrımcılık ihtiva etmemelidir. 2. fıkrada ise Sözleşme'nin 6, 7, 8 (f. 1 ve f. 2), 11, 15, 16 ve 18. maddelerinde düzenlenen hakların derogasyona konu edilemeyeceği hüküm altına alınmaktadır. 3. fıkrada derogasyona başvurmak isteyen taraf devletlerin yerine getirmesi gereken usuli gereklilikler düzenlenmektedir. Buna göre devletlerin Sözleşme'nin hangi maddelerini uygulamaktan kaçındıklarını ve buna yol açan nedenleri BM Genel Sekreteri vasıtasıyla, diğer taraf devletlere derhal bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Derogasyonun sona erdiği tarih konusunda da aynı şekilde bildirimde bulunulmalıdır.

Maddeye göre derogasyona başvurabilmek için ulusun yaşamına yönelik tehdit niteliği taşıyan olağanüstü durum sebebiyle resmen ilan edilmiş bir olağanüstü hal var olmalıdır[250]. Siracusa İlkelerine göre olağanüstü halin ilan edilmesine neden olan tehlike, ülke nüfusunun tamamını ve toprakların tümünü veya bir kısmını etkilemelidir. Bunun yanı sıra nüfusun fiziksel bütünlüğünü, devletin siyasi bağımsızlığını veya toprak bütünlüğünü veya Sözleşme'de düzenlenen hakları gerçekleştirmek ve korumak için vazgeçilmez olan kurumların işleyişini tehdit edecek nitelikte olmalıdır[251].

Resmi ilan şartı, kanunilik ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin, kendilerine en çok ihtiyaç duyulan zamanlardan biri olan olağanüstü hallerde uygulanması bakımından oldukça önemli görülmektedir. Nitekim devletlerin bu hallerde derogasyon konusunda bağlı oldukları hukuk kurallarına riayet etmesi İnsan Hakları Komitesi tarafından denetime tabidir[252]. Komitenin denetim yapabilmesi için, taraf

[250] United Nations Digital Library, General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4): International Covenant on Civil and Political Rights, August 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para. 2.
[251] MSHS'de yer alan derogasyon hükümlerinin anlaşılıp yorumlanmasında BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ndeki Sınırlama ve Derogasyon Hükümleri Üzerine Siracusa İlkeleri de dikkate alınmalıdır. Siracusa İlkeleri, 1984 yılında uluslararası hukuk uzmanları tarafından hazırlanmış, MSHS'nin izleme organları tarafından geliştirilmiştir. United Nations, Economic and Social Council, Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985); Gümüş Boyacı, s. 166.
[252] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 2, Uyar, s. 103-104.

devletlerin 40. madde uyarınca sundukları raporlarda olağanüstü hallerde kullanılan yetkilerle ilgili hukuki düzenlemeler ve uygulamalar hakkında ayrıntılı ve açık bir şekilde bilgilendirme yapmaları gerekmektedir[253]. Derogasyona başvuran devlet, derogasyonu Sözleşme'nin hangi maddelerine ve hangi gerekçelerle uyguladığına ilişkin olarak derhal BM Genel Sekreteri aracılığıyla taraf devletlere bildirimde bulunmalıdır[254]. Bildirim yükümlülüğü tedbirlerin başlangıç tarihini kapsadığı gibi sona erme tarihini ve gerekli hallerde tedbirlerin artırılması, olağanüstü hal süresinin uzatılması gibi durumları da kapsamaktadır[255]. Çünkü MSHS'ye taraf devletlerin, hak ve özgürlüklerin korunması, sözleşmeci devletlerin sözleşmeye uygun davranması için teşvik ve gözetim yükümlülükleri bulunmaktadır[256]. Komitenin devletin derogasyon kapsamındaki yükümlülüklerine uygunluğuna ilişkin denetim sorumluluğu ise bildiriminin yapılıp yapılmamasına bağlı olmaksızın devam etmektedir[257].

AİHS'ten farklı olarak MSHS'nin derogasyon maddesinde savaş kelimesine yer verilmemiştir. Savaş halinin ulusun varlığına yönelik ciddi bir tehdit oluşturan en önemli olaylardan olduğu kabul edilmiş ve hazırlık çalışmalarında savaş kelimesinin maddeye eklenmesi teklif edilmiştir. Ancak savaş ihtimalinin düşünülmesinin dahi savaşı önlemek amacıyla kurulan BM'nin kuruluş felsefesine uygun olmadığından bahisle kelimeye madde metninde yer verilmemiştir[258]. Madde metninde savaş kelimesine yer verilmese de savaş halinde devletlerin derogasyona başvurması mümkündür.

Ulusun varlığına yönelik tehdit niteliğindeki genel tehlike veya savaş halinde derogasyon kapsamında alınan tedbirler, taraf devletlerin uluslararası hukuktan ve

[253] Şentop, Seniha Begüm, BM İnsan Hakları Sözleşmeleri Perspektifinden İşgal ve İnsan Hakları, Ankara 2022, s. 143.
[254] Türkiye en son 2016 yılında BM'ye *"etkili başvuru hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, tutulanların hakları, seyahat özgürlüğü, yabancıların sınır dışı edilmelerine karşı usuli güvenceler, adil yargılanma hakkı, mahremiyet hakkı, ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, siyasal haklar (serbest seçim hakkı), hukuk önünde eşitlik hakkı, azınlık haklarının korunması"* haklar kataloğuna ilişkin bir derogasyon bildiriminde bulunmuştur. Bu bildirim, hak ve özgürlüklere müdahale biçimlerini netleştirmeden, çok geniş ve soyut nitelikte olması nedeniyle eleştirilmiş; hatta 19 insan hakları özel raportörü tarafından Türkiye'yi bu süreçte yükümlülüklerine uymaya davet eden bir bildiri yayımlanmıştır. Şirin, 1982 Anayasası, s. 500-501.
[255] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 17, Uyar, s. 113.
[256] Kafadar, s. 93.
[257] Şentop, s. 143.
[258] Kafadar, s. 61.

insancıl hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine uygunluk şartını sağlamalıdır[259]. Uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler devletin taraf olduğu iki veya çok taraflı sözleşmeler ile uluslararası teamül hukukundan, insancıl hukuk sözleşmelerinden ve insan hakları bildirilerinden kaynaklanmaktadır[260]. Taraf devletler olağanüstü hallerde insan haklarına ilişkin uluslararası hukuktaki gelişmeleri takip etmeli ve 40. madde uyarınca hazırlayacağı raporlarda başta olağanüstü hallerdeki yükümlülükleri olmak üzere uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine değinmelidir. Çünkü İHK'nın taraf devletlerin bu yükümlülüklerini dikkate almak konusunda yetkisi bulunmaktadır[261].

Derogasyon kapsamında alınan tedbirlerin durumun gerektirdiği ölçüde olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin gerçekleşmesi derogasyonun uygulanmasında süre, coğrafi alan ve konu bakımından kapsam ve sınırlara riayet edilmesi ile mümkündür[262]. Bu ilke, bir hak ve özgürlüğü sınırlandırmak zorunda kalan kamu otoritesinin, bunu mümkün mertebe en az şekilde sınırlandırmasını ve amaca ulaşmak bakımından en elverişli tedbiri seçmesini ifade etmektedir. Böylece özgürlük ve otorite arasındaki dengenin korunması hedeflenmektedir. Yani ölçülülük ilkesinin esası özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olmasına dayanmaktadır[263]. Sözleşme'den doğan yükümlülükleri azaltan tedbirler alan devletin başvurduğu tedbirler ile dengeli olması gereken amaç ise, bu yükümlülüklere tekrar bütünüyle uyulduğu olağan duruma dönüş olmalıdır[264]. Ölçülülük ilkesi ile ilgili açıklamalar Anayasa'nın ve AİHS'in 15. maddesi bağlamında yapıldığından, tekrara düşmemek adına ilgili kısımlara atıf yapmakla yetinilmektedir.

Sözleşme'de yer alan derogasyon düzenlemesi, bazı hak ve özgürlükleri sınırlandırmaya izin verip bunlar için gerekli koşulları açıklarken bazılarını da

[259] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 3, 9 ve 11., Uyar, s. 104,108, 109-110; Şentop, s. 137, 142.
[260] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 48-49.
[261] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 10, Uyar, s. 108-109.
[262] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 4, Uyar, s. 105.
[263] Kalabalık, s. 189.
[264] Boyar, s. 97; BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 1, Uyar, s. 103.

derogasyon kapsamında sınırlandırmayı yasaklamaktadır. 4. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen derogasyona konu edilemeyen haklar şunlardır[265]:

"Yaşam hakkı (m. 6), işkence, zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da ceza yasağı ve kişilerin rızaları olmaksızın deneye tabi tutulmama hakkı (m. 7), kulluk, kölelik ve köle ticareti yasağı (m. 8 / f. 1-2), sözleşmesel yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle hapis yasağı (m. 11), kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, bir suça işlendiği zaman yürürlükte olan cezadan daha ağır ceza verilememesi fakat suç işlendikten sonra o suç için kanunda daha hafif bir ceza öngörülecek olursa hafif olan cezadan yararlanma hakkı (m. 15), kişi olarak tanınma hakkı (m. 16), düşünce, din ve vicdan özgürlüğü (m. 18)."

Bu listenin dışında kalan haklar bakımından derogasyonun mümkün kılınması, devletlerin bunlara ulusun varlığına yönelik her tehlikede sınırlandırma getirebileceği anlamına gelmemektedir. 4. maddenin 1. fıkrasında işaret edildiği üzere, Sözleşme'de yer alan her hakkın korunması ölçülülük ilkesine objektif bir şekilde uyulmasını gerektirmektedir[266]. MSHS'ye göre olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak hususlar, Siracusa İlkelerinde "iyi niyet ilkesi, sınırlamanın dar yorumlanması ilkesi, hukukun üstünlüğüne saygı ilkesi ve ölçülülük ilkesi" şeklinde asgari standartlar olarak belirlenmektedir[267].

Anayasa'da ve insan hakları sözleşmelerinde düzenlenen derogasyon hükümleri, olağanüstü hallerde devletlerin hak ve özgürlüklere ilişkin birtakım yükümlülüklerinin azaltılabileceğini düzenlemektedir. Fakat bu doğrultuda hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlandırmalar da belli sınır ve ölçütlere tabidir. Söz konusu sınırlardan biri de derogasyona konu edilemeyen haklardır. Bu haklara olağanüstü hallere başvurulmuş olması gerekçe gösterilerek sınırlandırma getirilememektedir. İlk bölümde hak ve özgürlüklere ilişkin olarak kavramsal ve teorik çerçeve izah edilmekte, ardından olağanüstü hal ve derogasyona ilişkin düzenlemelere yer verilmek suretiyle derogasyona konu edilemeyen haklara dair arka plan oluşturulmaktadır. İkinci bölümde ise derogasyona konu edilemeyen haklara ilişkin terminoloji, bu

[265] Bir hakkın derogasyona konu edilemeyen haklar kategorisinde yer alması, o hakka derogasyondan bağımsız olarak hiçbir sınırlandırma getirilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Nitekim bu kategoride sayılan hakların özel olarak düzenlendiği maddelerde hakkın sınırlandırılmasına dair koşullara da yer verilmiştir (bkz.: MSHS m. 18). BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 7, Uyar, s. 107.
[266] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 6, Uyar, s. 106.
[267] Şirin, 1982 Anayasası, s. 493.

hakların belirlenmesine yönelik ilkeler gibi konular incelenmek suretiyle bu haklara ilişkin kavramsal ve teorik çerçeve çizilmektedir. Ardından Anayasa'da ve insan hakları sözleşmelerinde yer alan derogasyona konu edilemeyen haklar ve bu haklara ilişkin listelerin giderek genişlemesi konusu ele alınmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM
DEROGASYONA KONU EDİLEMEYEN HAKLAR

1. KAVRAMSAL VE TEORİK ÇERÇEVE

1.1. Genel Olarak

Devletlerin anayasalarında ve insan hakları sözleşmelerinde yer alan derogasyon hükümleri, olağanüstü hallerde belli şartların yerine getirilmesiyle hak ve özgürlükleri geçici süreliğine sınırlandırma olanağı sunmaktadır. Ancak bu hükümler, tüm hak ve özgürlükler üzerinde aynı şekilde etki ve sonuç doğurmamaktadır. Nispi korumadan yararlanan haklar derogasyon hükümleriyle sınırlandırmalara tabi olabilirken, bazı haklar daha farklı ve ayrıcalıklı bir korumadan, daha güçlü güvence mekanizmalarından yararlanmaktadır[268]. Ulusal, bölgesel ve uluslararası düzenlemelerde mutlak terimlerle ifade edilen, mutlak korumadan yararlanan bazı hakların sınırlanmasına hiçbir zaman izin verilmemektedir[269]. Hak ve özgürlüklere yönelik en güçlü koruma, olağan dönemlerde sınırlandırılmasına ilişkin istisna hükmü içermeyen, olağanüstü hallerde dahi derogasyona konu edilemeyen bu haklar için sağlanmaktadır.

Derogasyona konu edilemeyen haklar savaş ya da diğer genel tehlike hallerinde alınan olağanüstü tedbirlerle sınırlandırılamayan haklardır. Bu haklar her ne kadar güçlü bir korumadan yararlansa da bu onların tamamen sınırsız ve müdahale edilemez olduğu sonucunu doğurmamaktadır[270]. Ulusal veya uluslararası düzenlemelerde olağan dönemler için bu haklara getirilen istisna ve sınırlama kayıtları, olağanüstü hallerde de geçerliliğini muhafaza etmektedir[271]. Bu hakların derogasyona konu

[268] Anayurt, s. 51.
[269] Kalabalık, s. 172. Olağanüstü hallerde dahi derogasyon kapsamında alınan tedbirlere konu edilemeyen, diğer bir deyişle mutlak korumadan yararlanan haklara dokunulamazken, nisbi korumadan yararlanan haklar derogasyon hükümleriyle sınırlandırmalara tabi olabilir.
[270] Gümüş Boyacı, s. 189.
[271] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesine İlişkin Rehber, s. 10.

edilememesi –olağan dönem için öngörülen sınırlamalarla bile olsa- olağanüstü hallerde devre dışı bırakılamamasını ifade etmektedir.

Derogasyona konu edilemeyecek hakları ifade etmek üzere uluslararası sözleşmelerde "non-derogable rights" ve "droits indérogeables" kavramları kullanılmaktadır. Ancak yabancı kaynaklarda da bu kavramları tanımlamak için kullanılan kriterler hem gerekçe hem de formülasyon bakımından farklılık arz etmektedir. Bu sebeple aynı belgede dahi farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılan bu kavrama tek bir kavramı karşılayacak şekilde anlam vermek ve kavramın aynı anlamı karşılayacak genel bir tanımını yapmak zordur[272]. Bu zorluk Türkçe literatüre de yansımakta ve "non-derogable rights" kavramı çok çeşitli şekillerde karşılık bulmaktadır.

Olağanüstü hallerde başvurulan derogasyon kapsamında alınan tedbirlere konu edilemeyen ve konumuzun esasını oluşturan bu haklar literatürde "derogasyona konu edilemeyen haklar, derogasyona tabi tutulamayan haklar"[273], "derogasyonu mümkün olmayan haklar[274], *deroje edilemez* haklar"[275], "dokunulmaz haklar"[276], "kısıtlanamaz, sınırlama getirilemez haklar"[277], "temel haklar"[278], "sert çekirdekli temel haklar"[279], "öz/çekirdek haklar"[280], "indirgenemez çekirdek"[281] "insan haklarının sert çekirdeği"[282], "kutsal haklar"[283], negatif liste[284] gibi çeşitli isimlerle anılmaktadır. Bu

[272] Teraya, Koji, "Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non- derogable Rights", European Journal of International Law, 12(5), Year 2001, s. 921.
[273] Gümüş Boyacı, s. 190.
[274] Şentop, s. 135.
[275] Kafadar, s. 86.
[276] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1642, Anayurt, s. 51.
[277] Perruchoud, Richard / Redpath – Cross, Jillyanne (Ed.), Uluslararası Göç Örgütü, Göç Terimleri Sözlüğü, No 31, 2. bs., s. 76 ve 83 https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml31_turkish_2ndedition.pdf (23.05.2024).
[278] Teraya, s. 921.
[279] Bilgen, Pertev, "Sert Çekirdekli Temel Haklar", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 8, 1994, s. 1.
[280] Alkan, Yavuz Selim, "İnsan Haklarının Evrenselliği ve Kültürel Göreliliği Tartışmasında Öz/Çekirdek-Çevre Haklar Kavramsallaştırması: Siyasal Düşünceler Çerçevesinden Eleştirel Bir İnceleme", Liberal Düşünce Dergisi, Sayı 109, 2023, s. 36.
[281] Oraá, Jaime, Human Rights in States of Emergency in International Law (Oxford Monographs in International Law), Oxford 1992, s. 96; Teraya, s. 921.
[282] Anayurt, s. 51.
[283] Teraya, s. 921.
[284] Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 246.

haklar için "aykırı önlemlere konu olmama"[285], "askıya alınamama", "kendisinden sapılması mümkün olmama"[286], "sapma rejimi önlemlerine konu olmama"[287] ifadeleri kullanılmaktadır[288]. Derogasyona konu edilemeyen haklara verilen isimler gibi bu hakların belirlenmesine yönelik ilkelere dair teoriler de çeşitlilik arz etmektedir. Aşağıda insan hakları sözleşmelerinde düzenlenen derogasyona konu edilemeyen hakların neye göre seçilip belirlendiğine dair görüşler incelenmektedir.

1.2. Derogasyona Konu Edilemeyen Hakların Belirlenmesine Yönelik İlkeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan derogasyon hükümlerinde derogasyona konu edilemeyen haklar listelenmektedir. Ancak bu listelerde yer alan haklar kapsam bakımından farklılık arz etmektedir. Benzer şekilde çeşitli ülkelerin anayasalarında da derogasyona konu edilemeyen haklar farklı içeriklerle listelenmektedir[289]. Savaş veya ulusun varlığına yönelik tehdit oluşturan tehlike hallerinde bile sınırlandırılamayan bu hakların belirlenmesinde etkili olan temel ilkelere dair açık bir fikir birliği söz konusu değildir. Dolayısıyla bu ilkelerin belirlenmesi ciddi bir tartışma konusudur. Gerek ulusal düzenlemelerde gerekse uluslararası sözleşmelerde derogasyona konu edilemeyen hakların farklı listelerle düzenlenmesi de bu tartışmayı derinleştirmektedir. Derogasyona konu edilemeyen hakların listelerine yer veren sözleşmelerin hazırlık çalışmalarında yer alan oldukça az denebilecek bilgiler bu konuyu aydınlatmaya yetmemektedir[290].

Derogasyona konu edilemeyen hakların seçilip belirlenmesine yönelik ilkelerin tespiti için literatürde farklı referanslarla temellendirilen çeşitli görüşler ileri

[285] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 930.
[286] Uzun, Elif, "Uluslararası Hukuk Komisyonunun 'Silahlı Çatışmaların Andlaşmalara Etkisi Hakkındaki Taslak Maddeler'i Üzerine Betimsel Bir İnceleme" Ankara Barosu Dergisi, Cilt 75, Sayı 3, 2017, s. 143.
[287] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1642.
[288] Çalışma kapsamında aslına en yakın karşılığı verdiği düşünüldüğünden derogasyona konu edilemeyen haklar şeklindeki kullanım tercih edilmiştir.
[289] Farklı ülkelerin anayasalarında yer alan derogasyona konu edilemeyen haklar için bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, Konularına Göre Karşılaştırmalı Dünya Anayasaları, Ankara, 2022.
[290] Oraá, s. 94.

sürülmektedir. Söz konusu referanslar; derogasyona konu edilemeyen hakların *jus cogens* niteliği, olağanüstü hallerde saldırıya açık olması[291], hakkın özü ve çekirdek alan şeklinde özetlenebilmektedir[292]. Bunların yanı sıra, bu belirlemenin, ihlal edilmesi halinde daha geniş ihlallere yol açılabilecek haklar üzerinden yapıldığı da ileri sürülmektedir[293]. MSHS'nin hazırlık çalışmalarından hareketle, her iki kriter derogasyona konu edilemeyecek hakların belirlenmesinde birlikte kullanılmamak üzere, insan onurunun korunması için mutlak anlamda temel ve vazgeçilmez hakların seçilmesi kriteri ve olağanüstü halle doğrudan ilgisi olmayan hakların seçilmesi kriterinin varlığından söz edilmektedir[294].

Anılan üç sözleşmede yer alan derogasyona konu edilemeyen haklar listesi farklılık arz etse de hepsinde ortak olarak dört hak olağanüstü hallerde dahi koruma altına alınmaktadır: Yaşam hakkı, işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve ceza yasağı, kölelik ve kulluk yasağı, ceza kanunlarının geriye yürümezliği ilkesi. Bu hakların ortak niteliği, yaygın bir görüşle, onların *jus cogens* normları ve insan haklarının indirgenemez çekirdeği olarak kabul edilmesine neden olmaktadır[295]. Esasen bu hakların *jus cogens* norm olarak nitelendirilmesinin nedeni, onların çeşitli derogasyon hükümlerinde ortak olarak yer alması değil, bu hakların mutlak dokunulmazlığının bir sonucu olarak görülmektedir[296].

Uluslararası toplumun tamamının en temel ve ortak menfaatleri ile uluslararası hukuk sisteminin korunması amacına hizmet eden kurallar, *jus cogens* normlar (buyruk / emredici kurallar) olarak adlandırılmaktadır[297]. Bu normlar, uluslararası hukukun bağlayıcı kaynakları arasındaki hiyerarşinin en üstünde yer almaktadır. Yani uluslararası antlaşmalar, yapılageliş kuralları ve hukukun genel ilkeleri, *jus cogens*

[291] Shraga, Daphna, "Human Rights in Emergency Situations under the European Convention on Human Rights." Israel Yearbook on Human Rights, 16, 1986, s. 231, HeinOnline.
[292] Gümüş Boyacı, s. 194.
[293] Ahmed, Dawood /Bulmer, Elliot, Limitation Clauses, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Second Edition, Stockholm, 2017, s. 3.
[294] Hartman, Joan F., "Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision", Human Rights Quarterly, Cilt 7, Sayı 1, 1985, s. 113, Jstor Veritabanı; Kafadar, s. 87.
[295] Oraá, s. 96; Hartman, 114; Öktem s. 391; Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 49; Teraya, s. 927-930.
[296] Shraga, s. 232.
[297] Aksar, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, 5. bs., Ankara 2019, s. 99.

normlara uygun olmalıdır[298]. Uluslararası Hukuk Komisyonu[299] hazırladığı sözleşme taslaklarında *jus cogens* normları listelemekten ihtiyatlı olarak kaçınmış[300], bunu devletlerin ve uluslararası mahkemelerin uygulamalarına bırakmıştır[301]. Komisyonun yasalaştırma çalışmaları kapsamında hazırladığı sözleşmelerden biri[302] olan 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesine göre *jus cogens* norm *"(...)aksine hiçbir kuralın konulması imkanı olmayan ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan normdur[303]."*

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'yle *jus cogens*'in varlığı büyük ölçüde kabul edilmişse de kapsamı hala net değildir[304]. Bunun tespit edilebilmesi için emredici normun derogasyona konu edilememesi, sözleşmelere *jus cogens*'e aykırı çekince konulamaması[305], ihlalin uluslararası suç olarak nitelendirilmesi ve *erga omnes* nitelikte olması şeklinde kriterler bulunmaktadır[306]. *Jus cogens* normların düzenlediği hakların *erga omnes* etkiye sahip olması, yani herkese karşı ileri sürülebilmesi ve ihlali halinde diğer uluslararası hukuk kişilerine harekete geçme hakkı tanıması anlamına gelmektedir[307]. *Erga omnes* yükümlülüklerin korunması bakımından hukuksal yarar tüm devletlere aittir[308].

---

[298] Acer, Yücel / Kaya, İbrahim, Uluslararası Hukuk, 5. bs., Ankara 2010, s. 66.
[299] Uluslararası Hukuk Komisyonu, BM Genel Kurulu tarafından 1947'de uluslararası hukukun tedrici gelişmesini sağlamak amacıyla kurulmuştur. Henüz düzenleme yapılmamış alanlarla ilgili anlaşma taslakları hazırlamak, devletlerin uygulamalarında yeterince gelişmemiş konuları açıklamak, uluslararası hukuk kurallarının anlamlarını açık ve sistemli hale getirmek için çalışmalar yürütür. Akıllıoğlu, s. 716.
[300] Meron, Theodor, "On a Hierarchy of International Human Rights", American Journal of International Law, Volume 80, Number 1, Year 1986, s. 14, HeinOnline. Uluslararası Hukuk Komisyonu jus cogens normlara ilişkin bir liste vermese de Komisyon tarafından varlığı saptanan bazı ilkeler vardır. Kölelik ve köle ticareti yasağı, deniz haydutluğu yasağı, soykırım yasağı, kuvvet kullanma yasağı, devletlerin egemen eşitliği gibi ilkeler buna örnek gösterilebilir. Acer/ Kaya, s. 93. Bu örnekler savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçların yasaklanması, silahlı çatışmalarda bireylerin korunmasına yönelik insancıl hukuk kurallarıyla çoğaltılabilir. Aksar, s. 100.
[301] Shraga, s. 233.
[302] Akıllıoğlu, s. 717.
[303] Denk, Erdem, "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 2, 2001, s. 53.
[304] Teraya, s. 918.
[305] Başkaracaoğlu, Elif, "Uluslararası Hukukta "Jus Cogens" (Emredici Kurallar)", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 154-157.
[306] Shraga, s. 233.
[307] Aksar, s. 101.
[308] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 52.

Doktrinde *jus cogens* norm için belirlenen kriterlerden hareketle genel ve evrensel nitelikleri ile derogasyona konu edilememeleri nedeniyle yaşam hakkı, işkence yasağı ve kulluk-kölelik yasağı uluslararası hukukun emredici/*jus cogens* normları olarak nitelendirilmektedir[309]. Bu sebeple bunlar, devletler insan hakları sözleşmelerini onaylamamış bile olsa istisnasız şekilde bağlayıcıdır ve mağdurların vatandaş veya yabancı olmasına bakılmaksızın egemen yetkilerin kullanılması bakımından asli bir sınırlama teşkil etmektedir[310]. İnsan hakları sözleşmelerinde yer alan *jus cogens* nitelikteki haklara konulan çekinceler de geçersiz olmaktadır[311].

Normatif özgünlükleri ve statüleri, derogasyona konu edilemeyen hakların *jus cogens* ve *erga omnes* yükümlülükler olarak kabul edilmesine neden olmaktadır. Ancak MSHS'nin derogasyona konu edilemeyen haklar listesinde yer alan borç nedeniyle hapis yasağı (MSHS m. 11), AmeİHS'te yer alan aile hakkı (AmeİHS m. 17) söz konusu hak listelerinin *jus cogens* normlar olarak nitelendirilmesi kabulünü sorgulamaya neden olmaktadır[312]. Benzer şekilde, derogasyon hükümlerine yer veren üç sözleşmede derogasyona konu edilemeyen hakların farklı içeriklerle listelenmesi de bu tartışmayı derinleştirmektedir[313]. BM İnsan Hakları Komitesi de MSHS'de düzenlenen derogasyona konu edilemeyen hakların bir kısmının (örneğin 6. ve 7. madde) emredici kurallar arasında olduğunu kabul ederken bir kısmının da (örneğin 11. ve 18. madde) olağanüstü hallerde derogasyona tabi tutmanın gerekli olmaması nedeniyle derogasyona konu edilemediğini ifade etmektedir[314].

Bu açıklamalardan hareketle, muhtelif sözleşmelerin derogasyona konu edilemeyen haklar listesinde yer alan her hakkın *jus cogens* niteliği taşıdığı söylenemese de, *jus cogens* olarak nitelendirilen normların derogasyona konu edilemeyen haklar kategorisinde yer aldığı söylenebilmektedir[315]. Ancak derogasyona konu edilemeyen haklar listelerinden daha geniş bir kategori teşkil eden[316] *jus cogens*

[309] Shraga, s. 233-234.
[310] Gümüş Boyacı, s. 196.
[311] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 50.
[312] Teraya, s. 928.
[313] Teraya, s. 920.
[314] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 11, Uyar, s. 109.
[315] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 50.
[316] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 11, Uyar, s. 109-110.

normların içerik ve kapsamının belirlenmesi, uluslararası hukukun ciddi bir tartışma konusudur ve bu konuda çeşitli listeler önerilmekle birlikte herkes tarafından kabul gören bir sonuca ulaşılamamaktadır. Bu normların incelenip tartışılması, derogasyona konu edilemeyen hakların incelediği bu çalışmanın kapsam ve boyutunu aştığından burada *jus cogens* normlarının içeriğine dair tartışmalara yer verilmemektedir.

Derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesinde *hakkın özü* kavramının da kriter olarak kullanılabileceği ileri sürülmektedir[317]. Ancak doktrinde hakkın özü kavramı, belirgin bir kriter sağlayamayacak kadar soyut ve bir o kadar da öznel yargılara açık bir kavram olmakla eleştirilmektedir. Hakkın özü neresidir, hakkın özünün dışında kalan kısmı nedir, bu ikisi birbirinden hangi ölçütlere göre ayrılabilir sorularına objektif ve somut nitelikte yanıtlar verilememesinin, hakkın özü kavramının kriter olarak belirlenmek için pek de kullanışlı olmadığını gösterdiği ileri sürülmektedir[318].

Doktrinde hakkın özünün ne olduğu ve nasıl belirleneceği uzun yıllardan beri tartışılmakta[319], bu belirlemeyi yapabilmek için temelde iki teori ileri sürülmektedir. Nispi öz teorisi, hakkın özünün her hak bakımından her somut olayda bulunan bireysel ve toplumsal menfaatlerin değerlendirilmesiyle ayrı ayrı belirlenmesi gerektiği fikrine dayanmaktadır[320]. Mutlak öz teorisi ise hakkın özünü somut olaylardan bağımsız olarak sabit görmektedir. Bu teoriye göre öz, temel hakkın çekirdeği, temel cevheri, asgari içeriğidir[321].

Hakkın özü kavramının anlamının her somut olay için mahkemenin takdir yetkisiyle tespit edilebilecek bir mefhum olduğu; hak ve özgürlüğün bizzat kendisi, onu kullanma eylemi sayıldığı ifade edilmiştir[322]. Anayasa Mahkemesi de hakkın

[317] Gümüş Boyacı, s. 197.
[318] Gözler, Anayasa Değişikliği, s. 58.
[319] Atakan, Arda, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, s. 332.
[320] Gören, s. 52.
[321] Akad / Vural Dinçkol / Bulut, s. 309.
[322] Örücü, Esin, "1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü", Journal of Istanbul University Law Faculty, Cilt 41, Sayı 3-4, 2011, s. 148.

özüyle ilgili değerlendirmelerinde, bir hak ve özgürlüğün amacına uygun olarak kullanılmasını ziyadesiyle güçleştiren, yasaklayan ya da açık veya örtülü bir şekilde hakkı kullanılamaz duruma düşüren, etkisini yok eden sınırlandırmaların hakkın özüne dokunduğunu kabul ederek özün içeriğinin tespitini formülleştirmiştir[323]. AYM, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili olarak getirilen demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini, öz kriterini esas alarak yorumlamıştır. Mahkeme, hak ve özgürlüklerin özüne dokunarak onları tamamen kullanılamaz duruma düşüren sınırlandırmaların demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterine de aykırı olduğunu kabul etmiştir[324]. AİHM ise hakkın özü kavramını açık bir şekilde tanımlamamakla birlikte, hakların asgari koruma alanına ve sınırlamanın sınırına işaret etmek amacıyla bu ifadeyi kullanmıştır[325]. Bu açıklamalardan hareketle hakkın özü, her bir hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan koruması sağlayan, dokunulduğu takdirde söz konusu hak ve özgürlüğün anlamını yitirmesine neden olacak mutlak çekirdek alan olarak tanımlanabilmektedir[326].

Hakkın özü kavramından hareketle derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesi yoluna gidildiğinde, bu haklara *"mutlak haklar"* karşılığı verilmekte ve hakkın özü ile kendisinin bire bir örtüştüğü hakların derogasyona konu edilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Hakkın kendisine içkin olan niteliğinden hareketle yapılan bu tanım, *çekirdek haklar* kavramsallaştırmasıyla da karşılık bulmakta ve bu hakların "doğası gereği özü yok edilmeden sınırlandırılamayacak haklar" olduğu ifade edilmektedir[327].

AİHM içtihatlarına göre bir hakkın mutlak hak olarak nitelendirebilmesi için hakkın istisna hükmü içermemesi ve derogasyona konu edilemeyen haklardan olması

[323] Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s. 171.
[324] Bulut, s. 36.
[325] Hakkın özü kavramına AİHS metninde yer verilmemiştir ancak kavram, "substance of right", "essence of the right", "core of right" ifadeleriyle Mahkemenin içtihadında yer almıştır. Hazar, Zeynep, "İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması", Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara 2021, s. 110-111.
[326] Arslan, Zühtü; "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 19, 2002, s. 144-145; Özbudun, s. 117.
[327] Hazar, s. 111.

şeklinde iki koşul bulunmaktadır[328]. Örneğin Soering / Birleşik Krallık kararında işkence yasağı, bu kriterlerden hareketle mutlak ve çekirdek hak olarak nitelendirilmektedir[329]. Mahkemenin içtihatları incelendiğinde AİHS sistemi içinde yaşam hakkını, işkence yasağını, kölelik yasağını, kanunsuz ceza olmaz ilkesini, din ve vicdan özgürlüğünün dini inanca sahip olmayı veya onu değiştirmeyi içeren boyutunu mutlak hak olarak kabul ettiği görülmektedir[330].

Ulusal ve uluslararası alanda düzenlenen derogasyona konu edilemeyen haklar listeleri incelendiğinde, bu listelerde yer alan bir kısım hakların, mutlak hak niteliği taşıdığı ve hakkın özü kriterine göre özü yok edilmeden sınırlandırılamayan haklardan müteşekkil olduğu söylenebilirse de, listelerde yer alan tüm hakların bu kritere göre seçildiğini söylemek mümkün görünmemektedir.

Derogasyona konu edilemeyen hakların, hak ve özgürlükler bütününün çekirdeğini oluşturduğu[331], dolayısıyla bir *çekirdek alana* işaret etmesi nedeniyle ayırt edici olduğu düşüncesi de yaygındır. Ancak bu çekirdek alanın muhtevasını belirlemek öznel yargılara açık olduğu için keyfi yargılara düşmeden bir tanıma ulaşmak kolay değildir. Bu sebeple devletlerin rızasından yola çıkarak bir belirleme yapılabileceği, yani muhtelif anlaşmaların ortak paydasında yer alan hakların bu kapsamda sayılabileceği ileri sürülmektedir. Ancak seçilen hakların karakterine işaret etmeksizin, yalnızca devletler arasındaki uzlaşmanın sonucunu göstereceğinden bu yaklaşım kabul görmemektedir[332].

Derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesinde referans olarak ileri sürülen *insan onuru* kavramı ise, özellikle II. Dünya Savaşının ardından insan haklarının temellendirilmesinde başat kavramlardan biri olmakta; insan haklarının amacı, yaygın bir kanaatle insan onurunu korumak olarak belirlenmektedir.[333]. Bu

[328] Hazar, s. 112.
[329] Soering / Birleşik Krallık, B.N.:14038/88, K.T.: 07.07. 1989, para. 88; Hazar, s. 112-113.
[330] Hazar, s. 113-114.
[331] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 53-54.
[332] Teraya, s. 925-926.
[333] Bulut, Nihat, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3–4, 2008, s. 1.

husus başta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) olmak üzere muhtelif insan hakları belgelerine de yansımakta ve bu belgelerde insanların onur ve haklar bakımından eşit olduğu sıklıkla vurgulanmaktadır[334]. İnsan hakları anlayışında insan onuruna verilen anlam, insanların sırf insan olmaları sebebiyle kişiliklerine içkin bir değer olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda insan haklarının, insanın özündeki onuru gerçekleştirmek için zorunlu olduğu düşünülmektedir[335]. Doktrinde hakkın özü kriteri ile insan onuru kriteri birbiriyle ilişkilendirilmekte, hakkın özünün her zaman insan onuru muhtevasıyla aynı olmasa da hakkın insan onuru içeriğinin hakkın özüyle bağdaşması gerektiği ifade edilmektedir[336].

Mutlak terimlerle ifade edilen ve sınırlanmasına hiçbir zaman izin verilmeyen bazı hakların seçiminde, genelde insan onurunu koruma amacından hareket edildiği ifade edilmektedir[337]. İnsan haklarının temellendirilmesinde olduğu gibi derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesinde de insan onuru mefhumuna başvurulmaktadır. *Gemalmaz*'a göre hak ve özgürlüğün dokunulmazlığını belirleyen unsur, her zaman, her yerde ve her koşulda, ne kadar istisnai olursa olsun, hakka müdahalenin insan onurunu çiğneyip çiğnemediğidir. Bu noktadan hareketle derogasyona konu edilemeyen hakların listesini genişletmenin de insan onurunun korunmasına katkıda bulunacağı düşünülmektedir[338].

Derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesini insan onurunun hukuki karşılığı üzerinden izah eden bir başka yaklaşım ise, kavramın özgürlük ve eşitliği ihtiva etmesi nedeniyle, insanın insana sahipliğini meneden kölelik ve kulluk yasağının haklar listesindeki yerine işaret etmektedir. Aynı noktadan hareketle, kişinin fiziksel bütünlüğüne ve içsel değerine yönelik saldırıları meneden işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağı da insan onurunun korunması amacına binaen hiçbir koşulda sınırlandırılamamaktadır[339].

[334] Kuçuradi, s. 71.
[335] Erdoğan, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 5. bs., Ankara 2016, s. 49-50.
[336] Gören, s. 53.
[337] Kalabalık, s. 172.
[338] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 56.
[339] Shraga, s. 232.

Derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenip seçilmesinde insan onurunun korunması için zaruri olan temel hakların tercih edildiği görüşünde olanlardan biri de *Hartman*'dır. *Hartman,* derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesinde insan onurunun korunması için zaruri olan haklar ve olağanüstü hallerle doğrudan ilgili olmadığından askıya almanın meşru kabul edilemeyeceği haklar şeklinde iki temel kriter ileri sürmektedir. Fakat bu kriterlerden insan onurunu temel alanın, insan hakları sözleşmelerini hazırlayanların niyeti ile daha uyumlu olduğuna kanaat getirmektedir[340]. Ancak bu kriterlerin ikisinin de, sözleşmeleri hazırlayanlar tarafından tutarlı bir şekilde benimsendiğini söylemek zordur[341]. Buna rağmen AİHS'in sözleşmeler arasındaki en kısa derogasyona konu edilemeyen haklar listesine sahip sözleşme olarak bu kriterlere en uygun listeye sahip olduğu söylenebilmektedir[342]. Nitekim AİHS'in hazırlık çalışmalarında da Belçika delegeleri derogasyona konu edilemeyen hakları ifade ederken bu hakların "kendimize ve başkalarına duyduğumuz saygı bakımından esas" nitelikte haklar olduğunu belirtmektedir[343].

Derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesinde işlev odaklı bir yaklaşımla bireylerin olağanüstü hallerdeki özel gereksinimlerinin dikkate alınabileceği de ileri sürülmektedir. Bu yaklaşım sözleşme taslaklarında çok fazla dile getirilmese de Uluslararası Kızılhaç Komitesinin önerdiği taslaklarda ve doktrinde ifadesini bulmaktadır. Bu doğrultuda Kızılhaç, tıbbi ve dini personelin korunması ile ilgili normların da derogasyona konu edilemeyeceğini ileri sürmektedir[344]. Bu bağlamda insancıl hukuk normlarının da derogasyona konu edilemeyeceği kabul edilmektedir.

---

[340] Hartman, s. 113.

[341] Oraá, s. 94. Buna rağmen doktrinde söz konusu kriterlerin net bir şekilde uygulandığına dair görüşe de rastlanmaktadır. Bu görüşe göre derogasyona konu edilemeyecek hakların belirlenmesi için AİHS'te "çekirdek haklar prensibi" doğrultusunda "birinci derecede önemli" olan temel haklar kriteri kullanılmıştır. MSHS ve AmeİHS'te ise bu kritere ek olarak derogasyona başvurulmasına neden olan olayla ilişkilendirilememesi nedeniyle derogasyona konu edilmesine gerek duyulmayan hakların seçildiği ileri sürülmüş, ilk kriter için yaşam hakkı ve işkence yasağı, ikinci kriter için kişi olarak tanınma hakkı örnek olarak verilmiştir. Kafadar, s. 90.

[342] MSHS ile AmeİHS'te de bu iki kriterin tutarlı bir şekilde olmasa da uygulandığı söylenebilir. Oraá, s. 94-95.

[343] MacDonald, R. St. J., "Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights", Columbia Journal of Transnational Law, vol. 36, no. Issues 1&2, 1998, HeinOnline, s. 230.

[344] Teraya, s. 922-923.

Doktrinde yer alan bir başka görüş de sözleşmelerin ortak paydasında yer alan dört hakkın ortak özelliklerinden hareketle derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesine yönelik üç ilkeyi şöyle özetlemektedir: Bu haklar insan onurunun temelini hatta özünü oluşturan haklardır, uluslararası hukukun *jus cogens* normlarını teşkil ederler ve kriz zamanlarında ihlal edilmeye açık oldukları için mutlak koruma gerektirirler[345]. Olağanüstü hallerde saldırıya açık olan haklara örnek olarak yaşam hakkı gösterilebilmektedir. Savaş, iç çatışmalar, şiddet eylemleri ve siyasi gerilimlerin ortaya çıkması yaşam hakkını saldırıya açık hale getirmektedir. Bu gibi durumlarda düşmanlardan veya siyasi rakiplerden en fazla bilgiyi en kısa sürede almak için gerçekleşen eylemler nedeniyle işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağı da ihlal ve saldırıya açıktır[346]. Benzer şekilde suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi de bu dönemlerde ihlal edilme ihtimali en fazla olan haklardan biridir. Ancak bu ilke insan onuruyla doğrudan ilişkilendirilmediği gibi genel olarak *jus cogens* normu olarak da nitelendirilmemektedir. Ancak sözleşmelerde yer alan derogasyona konu edilemeyen hak listelerinde ortak olarak bu ilkeye yer verilmesi, olağanüstü hallerde saldırıya en fazla açık olan hakların korunmasını sağlama amacını yansıtmak bakımından önem arz etmektedir[347].

BM İnsan Hakları Komitesine göre ise, borç nedeniyle hapis yasağı gibi bazı haklar olağanüstü hallerde sınırlandırılmaları gereksiz ve anlamsız olduğu için, vicdan özgürlüğü gibi bazı hakların sınırlandırılması mümkün olmadığı için, bazı haklar da hukukun üstünlüğünün teminatı olduğu için derogasyona konu edilemez[348].

Derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesi için doktrinde muhtelif ilkeler ileri sürülse de bu ilkelerin hiçbiri bu haklar kategorisinde sayılan hakların neden seçildiğini açıklamak için tek başına yeterli değildir. İlkeler hakkında yapılan açıklamalar, derogasyona konu edilemeyen hakların neye göre seçildiğini açıklamak bakımından bir bakış açısı sağlasa da, her hak bakımından yeterli ve geçerli olacak şekilde bir veya birkaç ilke belirlemek hakları tercih sebebini izah etmekten uzaktır[349].

[345] Shraga, s. 231.
[346] Shraga, s. 234.
[347] Shraga, s. 235.
[348] BM İHK 24 numaralı Genel Yorum, para. 10, Uyar, s. 69.
[349] Gümüş Boyacı, s. 184.

Farklı sözleşmelerde farklı derogasyona konu edilemeyen hak listelerine yer verilmesi sebebiyle seçimin nedenini *jus cogens* normlara dayandırmak da mümkün görünmemektedir. Bütün insan haklarının temelinde insan onurunu koruma düşüncesi olduğu için[350] derogasyona konu edilemeyen hakların insan onurunu koruma düşüncesinden hareketle seçildiğini söylemek de mümkün değildir. Derogasyona konu edilemeyen hakların neye göre seçildiği net olarak bilinmemekle birlikte, bu hakların seçilip diğer haklara nazaran daha güçlü korumadan yararlandırılması haklar arasında hiyerarşi tartışmalarına neden olmaktadır. Çünkü derogasyona konu edilemeyen hakların, haklar arasında önem sırasına göre oluşturulan hiyerarşinin en üstünde olduğuna dair görüşler ileri sürülmektedir. Çalışmanın devamında söz konusu görüşler hakların bütünselliği ilkesiyle birlikte değerlendirilmektedir.

1.3. Hakların Bütünselliği İlkesi ve Hiyerarşi Tartışmaları

Başta insan haklarının sınıflandırılmasından yola çıkılarak haklar arasında bir hiyerarşi olup olmadığı uzun zamandır tartışılmaktaysa da insan hakları çalışmalarının çoğu hiyerarşiyi reddetmekte, hakların bütünselliği ve bölünmezliği ilkesini savunmaktadır[351]. İnsan hakları, muhtevası, işlevi ve sınırlandırılmaları bakımından farklılıklar gösterse de bu ilkeye göre hepsi aynı bütünün ayrı görevleri olan parçalarını oluşturmaktadır[352]. Aynı zamanda her bir hak insan onurunu temsil ettiğinden, hak ve özgürlüklerin bölünmesi insan onurunun çiğnenmesine neden olmaktadır[353]. Özgürlüğün parçalara ayrılması nasıl mümkün değilse, insanın özgürleşmesi için asgari standartları sağlayan insan haklarının da "lüks", "zorunlu" gibi nitelendirilmelerle parçalara ayrılması mümkün değildir, haklar bir bütün olarak ele alınmalıdır[354]. Çünkü insan haklarının tek tek ele alınması, insanın çeşitli yönlerinden sadece birinin veya birkaçının göz önüne alınması sonucunu doğurabileceğinden,

[350] Gören, s. 54.
[351] Teraya, s. 917.
[352] Kalabalık, Halil, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 5. bs., Ankara, 2023, s. 49.
[353] Anayurt, s. 47.
[354] Özdek, s. 2.

haklardan tam anlamıyla yararlanmayı sağlayan hassas dengeye zarar verme riski taşımaktadır[355].

İnsan hakları çalışmalarında haklar arasında hiyerarşi olduğu görüşünün karşısında hakların karşılıklı bağımlılığı ve bölünmezliği ilkesi yer almaktadır. Bu ilkenin özünde medeni ve siyasi hakların, ekonomik ve sosyal haklara baskın çıkmasına sebep olan haklar ikiliğini önleme amacı bulunmaktadır[356]. Ekonomik ve sosyal hakların sağlanabilmesi için medeni ve siyasi hakların varlığı zorunlu iken, ekonomik ve sosyal hakların da medeni ve siyasi hakların gerçekleşmesine imkan sağladığı[357] göz önüne alındığında, haklar arasında önem sıralamasına göre hiyerarşik bir ayrım yapılamayacağı görülmektedir[358].

İnsan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkesi, hakların bir bütün olarak değerlendirilmesi gereğini ve ancak aynı anda ve tam olarak bir yararlanma sağlanması ile insan haklarının tümüyle güvence altına alınabileceğini ifade etmektedir[359]. Bu ilkenin en önemli neticesi de insan hakları arasında üstünlüğe ve tercih önceliğine neden olabilecek bir hiyerarşi kurulmasını, yani bir insan hakkının başka bir hakkın korunması için feda edilmesi yahut ertelenmesini engellemesidir[360].

Hak ve özgürlüklerin değer, önem, işlev ya da vazgeçilmezlik açısından hiyerarşik bir statüye sahip olamayacağını, tüm insan haklarının aynı konumda olması sebebiyle bir bütün olarak tanınıp korunması gereğini ifade eden hakların

---

[355] Turhan, Aydın, "İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi" İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2013, s. 373.
[356] Teraya, s. 925.
[357] Bayra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 69.
[358] Doktrinde "bütüncül/bütünleştirilmiş insan hakları yaklaşımı" ile insan haklarının bütünselliği ilkesi doğrultusunda medeni ve siyasi hakları ihtiva eden sözleşmeler aracılığıyla ekonomik, sosyal ve kültürel hakların da korunması, hatta bu hakların ihlalinin işkence ile zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebileceği ileri sürülmüştür. Devletlerin AİHS'ten kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin kabul edilmesi nedeniyle AİHM, medeni ve siyasi hakların sosyal ve ekonomik boyutlarını da dikkate alarak bu haklar arasında belli ölçüde bağ kurmaktadır. Nitekim 09.10.1979 tarihli Airey/İrlanda kararında AİHS'in esasında medeni ve siyasi haklara ilişkin düzenlemeler içermekle birlikte bu hakların sosyal ve ekonomik yansımaları bulunması sebebiyle hak grupları arasında ayrım yapmanın güçlüğüne işaret etmiştir. Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1571.
[359] Algan, Bülent, "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006, s. 92; Hazar, s. 114.
[360] Anayurt, s. 48-50.

bölünmezliği ilkesi, yalnızca teorik bir kabul olmanın ötesinde somut hukuki geçerlilik kazanmıştır[361]. BM Genel Kurulu 1950 tarihli bir kararında, medeni ve siyasi özgürlükler ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmanın birbirine bağlı olduğunu; ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan mahrum kalan insanın özgür insan ideali bakımından İHEB'deki kişiyi temsil edemeyeceğini ifade etmiştir[362].

1993'te BM Viyana Bildirisi ve Eylem Programında "bütün insan haklarının evrensel, bölünmez, birbirine bağlı/bağımlı ve birbiriyle ilişkili" olduğu kabul edilmiştir[363]. Yakın tarihte ise BM Genel Kurulu 15.03.2006 tarih ve 60/251 sayılı kararında "tüm insan haklarının evrensel, bölünmez, birbiriyle ilişkili ve bağımlı olduğunu ve karşılıklı olarak birbirlerini pekiştirdiklerini; adil ve eşit şekilde muamele görmesi gerektiğini" teyit etmiştir. Haklar arasındaki hiyerarşi tartışmalarının arka planına dair açıklamaların ardından bu tartışmalar, çalışmanın esas konusunu oluşturan derogasyona konu edilemeyen haklar bağlamında incelenmektedir.

Derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesi, haklar arasından bazı haklara, devletlere hakları sınırlandırma imkanının verildiği olağanüstü hallerde bile daha güçlü bir koruma sağladığından hiyerarşi tartışmalarını gündeme getirmektedir. Nitekim AİHS'in hazırlık çalışmalarında Belçika temsilcilerinin ifade ettiği derogasyona konu edilemeyen hakların insana duyulan saygı bakımından esas niteliğindeki haklardan müteşekkil olduğu düşüncesi de bu doğrultuda, haklar arasında değerler bakımından bir hiyerarşi olduğuna işaret edildiği şeklinde anlaşılmaktadır[364]. Çünkü bazı haklara sağlanan daha fazla korumanın, haklara verilen daha fazla önemden kaynaklandığı düşünülmekte ve bu minvalde derogasyona konu edilemeyen

[361] Teraya, s. 919; Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1567.
[362] Yine BM 1968 tarihli Tahran Bildirisinin 13. maddesinde de insan hak ve özgürlüklerinin bölünmezliği nedeniyle ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kullanılmadan medeni ve siyasi hakların tam olarak gerçekleştirilemeyeceğine işaret etmiştir. Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1567-1568.
[363] Şahin, Adil, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 59, Sayı 4, 2010, s. 711-766. DergiPark; Teraya, s. 918; Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, s. 1569.
[364] Öktem, s. 390.

hakların insan hakları arasındaki hiyerarşiyi açıkça ortaya koyduğu ileri sürülmektedir[365].

Doktrinde derogasyona konu edilemeyen hakların korunmasının diğer hakların gerçekleştirilmesini sağlayacağı düşüncesinden hareketle de derogasyona konu edilemeyen haklar, işlevsel ve tümdengelimsel yaklaşımla değerlendirilmek suretiyle birincil haklar olarak haklar hiyerarşisinin en üstünde görülebilmektedir. Ancak bu hakların derogasyona konu edilememesinin diğer haklara üstünlüğünden ziyade, olağanüstü hallerin ortadan kaldırılması bakımından bir etkisi olmaması, olağanüstü hallerde hakların sınırlandırılması bakımından geçerli olan ölçülülük ilkesinin sağlanamaması gibi çok çeşitli nedenleri olabileceği göz önünde tutulmalıdır[366].

Yine doktrinde hakların sınırlandırılıp sınırlandırılamıyor oluşunun da haklara verilen öneme göre belirlendiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre tüm hak ve özgürlükler aynı değer ve önemi taşımamaktadır. Mutlak nitelikteki bazı hak ve özgürlükler hiçbir zaman sınırlanamazken, bazı haklar ancak olağanüstü hallerde sınırlanamaz, bazıları ise gerektiğinde kanunlarla ve sebebe bağlı olarak her zaman sınırlandırılabilir[367]. Buna göre hiyerarşinin en üstünde işkence yasağı gibi istisna hükmü içermeyen ve derogasyona konu edilemeyen mutlak haklar, onun altında derogasyona konu edilemeyen haklar ve en nihayetinde en altta diğer haklar bulunmaktadır.

BM İnsan Hakları Komitesi, MSHS'de düzenlenen haklar arasında hakların önemine göre hiyerarşik bir düzen bulunmadığını açıkça ifade etmektedir. Olağanüstü hallerde derogasyona konu edilemeyen hakların varlığı bu tartışmalara neden olduğundan Komite, hiyerarşiye neden olacak bir önem sıralaması yapılmadığını özellikle bu haklar bakımından vurgulamaktadır. Özel önem teşkil ettiği ileri sürülen 9. ve 27. maddelerdeki hakların derogasyona konu edilmesinin mümkün olması gibi, borç nedeniyle hapis yasağı gibi olağanüstü hallerde sınırlandırmanın gereksiz ve

[365] Teraya, s. 920-921.
[366] Saral, Melek, "İnsan Hakları Normları ve İnsan Hakları Hiyerarşisi", Ekonomi, Politika & Finans Araştırmaları Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, 2021, s. 474.
[367] Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, s. 171.

anlamsız olması nedeniyle derogasyona konu edilemeyen haklar bulunması da bu hakların belirlenmesinde önem sırasına göre hiyerarşik bir düzen kurulmadığının göstergesidir[368].

AİHM'in kararlarında insan hakları arasında bir hiyerarşi olduğuna dair doğrudan bir belirleme bulunmamaktadır. Ancak Mahkemenin ilk kez olağanüstü hale karar verme bağlamında nüveleri ortaya atılan takdir marjı doktrinine[369] ilişkin içtihatları AİHS'te düzenlenen haklar arasında hiyerarşi olup olmadığına dair tartışmalara neden olmaktadır[370]. Takdir marjı doktrinin uygulama alanı, Mahkemenin Handyside / Birleşik Krallık kararıyla netleşip belirginleşmektedir. Buna göre Sözleşme'de düzenlenen hakların ihlal edildiğine ilişkin iddiaların değerlendirilmesinde, ikincillik ilkesi doğrultusunda ulusal makamlara yani hem kanun koyucuya hem de bu kanunları yorumlayıp uygulayan yargı organlarına takdir marjı tanınmaktadır[371]. Bu takdir marjının kapsamının belirlenmesinde açık ve sistematik ilkeler olmasa da içtihatlar yoluyla bazı kriterlere ulaşmak mümkündür[372]. Mahkemeye göre takdir marjının genişliğinin belirlenmesinde, hakkın ve ona yapılan müdahalenin niteliği, hakkın ilgili kişi için önemi ve söz konusu müdahale ile ulaşılmak istenen amaç gibi hususların değerlendirilmesi dikkate alınmaktadır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı ya da önemli haklardan etkili şekilde yararlanma bakımından büyük önemi haiz haklar bakımından ve kişinin varlığının ve kimliğinin çok önemli yönünün tehlikede olması halinde takdir marjında daralma söz konusu olmaktadır. Avrupa Konseyi üyeleri arasında kişinin menfaatlerinin göreceli önemi ve bunun korunması yöntemleri hususunda uzlaşma bulunmaması halinde ise takdir marjı genişleme eğilimi göstermektedir[373].

---

[368] BM İHK 24 numaralı Genel Yorum, para. 10, Uyar, s. 69.
[369] Şirin, Takdir Marjı, s. 367.
[370] Hazar, s. 115.
[371] Handyside / Birleşik Krallık para. 48, B.N.: 5493/72, K.T.: 07.12.1976 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57499 (19.06.2024).
[372] Hazar, s. 116.
[373] Gaughran / Birleşik Krallık, B.N.: 45245/15, K.T.: 13.02.2020, para. 77 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-200817 (20.06.2024); P.N. / Almanya, B.N.: 74440/17, K.T.: 11.06.2020, para. 75 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-202758 (20.06.2024).

Takdir marjının genişliğinin belirlenmesinde "önemli", "daha az önemli" şeklinde yapılan ayrımlar doktrinde Sözleşme'de ve Ek Protokollerde yer alan hakları bir çemberin içindeymiş gibi düşünmek suretiyle izah edilmektedir. Sözleşme'nin amacından hareketle yorumlanmak suretiyle çemberin merkezine atomun çekirdeğini oluşturan derogasyona konu edilemeyen haklar yerleştirilmektedir. Çekirdek haklar olarak da nitelendirilen bu hakları, 5. ve 6. maddede düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı gibi usuli ve maddi güvenceler çevrelemektedir. Sözleşme'de çekirdek haklar ile usuli ve maddi güvenceler kapsamında düzenlenmeyen haklar ise usuli haklardan sonra yerini almakta ve çemberin en dışında da AİHS'in 15. maddesinde düzenlenen derogasyon hükmü konumlandırılmaktadır[374]. Buna göre çemberin merkezinden uzaklaştıkça hakların önemi de azalacağından devletlere tanınan takdir marjı genişlemektedir[375]. Mahkeme tarafından haklar arasında bu şekilde önem sıralaması yapılması, yani bazı hakların daha önemli olduğunun ifade edilmesi, bazı hakların da onlara göre daha az önem taşıdığı sonucuna ulaştıracağından haklar arasında hiyerarşik bir yapılanma olduğu şeklinde yorumlanmaktadır[376]. Doktrinde detaylandırılan bu hiyerarşik yapılanmanın en üstüne de derogasyona konu edilemeyen haklar yerleştirilmektedir.

Doktrinde çizilen hiyerarşik tablo her ne kadar AİHM'in haklar arasında bir önem sıralaması yapması üzerinden belirlenmiş olsa da Mahkemenin önemli/daha az önemli şeklinde ayrımlar yaptığı yerleşik içtihadından söz edilememektedir[377]. Çünkü AİHM, her davaya genel bir kriter uygulamak yerine somut olayların kendine has koşullarına göre takdir marjının genişliğine karar vermektedir[378]. Mahkeme, doğrudan Sözleşme'de düzenlenmiş olan derogasyona konu edilemeyen hakların varlığını ve önemini ortaya koymakla birlikte, bunların dışında kalan haklar bakımından bir hakkı diğer hakka önceleyerek önem sıralaması yapmamaktadır. Hakların öneminin belirlenmesinde Sözleşme sisteminin nitelikleri ve Avrupa Konseyi'nin amaçları

[374] Yourow, Howard Charles, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence, International Studies in Human Rights, Vol 28, Year 1996, Brill, Nijhoff, eBook Veritabanı: eBook Collection (EBSCOhost) (20.06.2024), s. 189-190.
[375] Hazar, s. 117.
[376] Yourow, s. 188.
[377] Hazar, s. 117.
[378] Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 160.

doğrultusunda hangi hakkın hangi somut olaylar bağlamında önemli kabul edildiği değerlendirilmektedir[379].

Teorik planda insan hakları arasında hiyerarşi olup olmadığı tartışmalı bir konu olsa da uygulamada haklar arasındaki çatışmalar, kaynakların yetersizliği, siyasi faktörler, olağanüstü haller gibi nedenler insan hakları arasında hiyerarşi meydana getirebilmektedir[380]. Yine de insan onuruna yönelik tüm tehditler karşısında insan haklarını bir bütün olarak kabul edip her anlamda güçlendirmek onurlu bir yaşam sürdürmek için gereklidir[381]. Çünkü insan hakları, insanın insani koşullarda yaşamasının asgari standartlarını oluşturmaktadır[382]. Uygulamadaki koşullar sebebiyle teoride de insan hakları arasında bir hiyerarşi olduğunu kabul etmek, pratikte insan haklarına verilen önemin azalmasına neden olabileceğinden hakların daha kolay biçimde ihlal edilmesine zemin hazırlama riski taşımaktadır. Bu sebeple insanı tüm yönleriyle bir bütün olarak ele almak ve insan haklarını her koşulda tüm yönleriyle korumak büyük önemi haizdir.

Derogasyona konu edilemeyen hakların varlığını haklar arasındaki hiyerarşinin bir göstergesi olarak kabul etmek ve bu hakları varsayılan hiyerarşik yapılanmanın en üstüne yerleştirmek de söz konusu hakların çeşitli sebeplerden yola çıkarak belirlenmesi ve farklı sözleşmelerde farklı şekillerde listelenmesi karşısında tutarlı görünmemektedir. Çünkü her ne kadar bu hakların bir kısmının insan onuru bakımından temel nitelikte görülen çekirdek alan koruması nedeniyle seçildiği ileri sürülebilirse de, bir kısmının olağanüstü hallerde saldırıya açık olması yahut olağanüstü hallerle doğrudan ilgili olmadığından sınırlandırmanın meşru görülememesi gibi nedenlerle derogasyona konu edilemeyen haklar kapsamında sayıldığı düşünülmektedir. Bu sebeple ilk gruptaki haklar, söz konusu önem nedeniyle insan hakları arasındaki hiyerarşiyi savunanlar tarafından hiyerarşinin en üstünde görülebilirse de, diğer gruptakiler bakımından böylesi bir yaklaşım makul görünmemektedir. Zira MSHS'nin derogasyona konu edilemeyen haklar listesinde yer

[379] Hazar, s. 117-118.
[380] Saral, s. 464.
[381] Uygun, Kamu Hukuku, s. 83.
[382] Özdek, s. 2.

alan borç nedeniyle hapis yasağı, AmeİHS'te yer alan isim hakkı gibi hakları insan hakları hiyerarşisinin en üstünde konumlandırmanın, hiyerarşiyi savunanlar bakımından da tutarlı kabul edilmeyeceği düşünülmektedir. Derogasyona konu edilemeyen haklara ilişkin kavramsal ve teorik tartışmaların ardından sonraki başlıkta bu haklara dair normatif düzenlemelere yer verilmektedir.

2. DEROGASYONA KONU EDİLEMEYEN HAKLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

2.1. Genel Olarak

Devletlerin anayasalarında, bazı bölgesel ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan derogasyon hükümleri istisnai niteliktedir, tüm anayasalarda ve insan hakları sözleşmelerinde derogasyona ilişkin düzenleme yer almamaktadır[383]. Derogasyon hükmünün bulunmayışı da tek başına, tüm hakların derogasyona konu edilip edilmediğine dair bir anlam ifade etmemektedir[384]. Anayasalarda ve sözleşmelerde düzenlenen derogasyon hükümleri, olağanüstü hallerde bir yandan hak ve özgürlükleri sınırlandırmak suretiyle devletlere yükümlülüklerini azaltma olanağı sunarken, bir yandan da hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin sınırlar ihtiva etmektedir. Olağanüstü hallerde devletlerin hak ve özgürlüklere getirebileceği sınırlandırmaların sınırlarından biri de derogasyona konu edilemeyen haklardan müteşekkil olan dokunulmaz alandır. Buna göre olağanüstü hallerde devletler her ne sebeple olursa olsun bu alanda yer alan hak ve özgürlükleri sınırlandırmamalıdır[385].

Derogasyon hükümlerine yer veren sözleşmeler olağanüstü hallerde derogasyona konu edilemeyecek hakları bu hükümlerde listelemektedir. AİHS, MSHS, ve AmeİHS'te yaşam hakkı, işkence yasağı, kulluk ve kölelik yasağı, suç ve cezaların geriye yürümemesi derogasyona konu edilemeyen haklar listelerinde ortak olarak bulunmaktadır. Buna ek olarak MSHS ve AmeİHS, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü ile hukuki kişiliğin tanınmasını bu listeye dahil etmektedir. MSHS borç

[383] Afrika insan hakları belgelerinde derogasyon hükümleri ve derogasyona konu edilemeyen hakların bulunmaması nedeniyle olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda ortaya çıkan görüş ve yorumlar için bkz.: Tessema, Belay Frenesh, "A Critical Analysis of Non-derogable Rights in a State of Emergency under the African System: the Case of Ethiopıa and Mozambique", Faculty of Law Universidade Eduardo Mondlane Maputo, Center for Human Rights Faculty of Law University of Pretoria, Mozambique, 2005, s. 17 vd.

[384] Şentop, s. 139.

[385] Hak ve özgürlüklerin olağan dönemlerde sınırlandırılması konusunda düzenlenen istisna hükümleri olağanüstü dönemlerde de geçerliliğini koruyacaktır. Ancak bu istisna hükümlerine dayanarak derogasyona konu edilemeyen hakların sınırlandırılmasında olağanüstü dönemler için sınırlandırmanın sınırı olarak düzenlenen ölçülülük ilkesi ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere uygunluk gibi ölçütlere her koşulda riayet edilmelidir.

nedeniyle hapis yasağını; AmeİHS isim hakkı, aile hakları, çocuk hakları, uyrukluk hakkı ve yönetime katılma hakkını dokunulmaz alan içinde tutmaktadır[386]. Bu sözleşmelere taraf devletlerin de kendi iç hukuklarında dokunulmaz alanı genişletmesi mümkündür[387]. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda bu haklara ek olarak suçsuzluk karinesi de derogasyona konu edilemeyen haklardan olarak düzenlenmektedir. Bunun dışında Anayasa'da düzenlenen diğer haklar ise AİHS'te bulunan derogasyona konu edilemeyen haklar ile büyük oranda benzerlik göstermekte, MSHS'de yer alan haklara göre ise daha dar bir liste ihtiva etmektedir. Aşağıda Anayasa'da yer alan derogasyona konu edilemeyen haklara dair hükümler detaylı olarak incelenmektedir.

2.2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Yer Alan Düzenlemeler

Olağanüstü hallerde derogasyona başvurulması gerekçe gösterilerek ihlal edilemeyecek derogasyona konu edilemeyen haklar, 1982 Anayasası'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında negatif liste yaklaşımı ile sınırlı şekilde sayılmak suretiyle düzenlenmektedir[388]. Doktrinde olağanüstü hallerde bile dokunulamayacak sert çekirdek haklar olarak adlandırılan bu haklar; yaşam hakkı; maddi ve manevi varlığın bütünlüğü hakkı; işkence yasağı; din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmama ve bunlardan dolayı suçlanmama hakkı; suç ve cezaların geçmişe yürümesi yasağı ve suçsuzluk karinesinden[389] müteşekkildir[390].

Anayasa m. 15/f. 2'nin ilk halinde koruma altına alınan ilk iki hak için iki farklı istisna bulunmaktaydı. Yani savaş hukukuna uygun eylemler neticesinde gerçekleşen ölümler ile ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz şeklindeki hükümle bu hakların savaş hukukuna

[386] Gemalmaz, Mehmet Semih, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt 3, İstanbul 2003, s. 38.
[387] Esen, s. 45-46.
[388] Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Hazırlayanlar: Yılmazoğlu, Yunus Emre/ Perdecioğlu, İsmail Emrah, 2. bs., 2019, s. 78; Gümüş Boyacı, s. 70.
[389] Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz.:Feyzioğlu, Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 48, S. 1, 1999, s. 135-163 DergiPark (27.06.2024).
[390] Kaya, 2017 Anayasa Değişiklikleri, s. 22-23.

uygun fiiller neticesindeki ölüm yahut ölüm cezalarının infazı yoluyla ihlal edilmesi halinde Anayasa'nın 15. maddesinin 2. fıkrası ihlal edilmiş sayılmamaktaydı. Türkiye'nin idam cezasını tamamen kaldırmayı öngören AİHS'e Ek 13 Numaralı Protokol'ü imzalaması üzerine, Anayasa'da yapılan değişiklikler kapsamında 15. maddeden ölüm cezasının infazıyla ilgili kısım çıkartılmıştır[391]. Böylece yaşam hakkı ile maddi ve manevi bütünlüğün korunması bakımından sadece savaş hukukuna uygun eylemler neticesinde gerçekleşen ölümler için bir istisnanın varlığı devam eder olmuştur.

Suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesinin[392] olağanüstü hallerde korunmaya alınması bağlamında suç ve ceza kavramlarının, AİHM'in bu kavramlara dair yorumlama biçimi doğrultusunda[393], sadece dar anlamda ceza hukuku bağlamında mı değerlendirileceği, yoksa idari suç ve cezaların da bu kapsamda mı sayılacağı tam anlamıyla açık değildir. Doktrinde AYM'nin bu kavramlara geniş bir anlam vermesi nedeniyle söz konusu hükmün idari suç ve cezaları da kapsayacağı sonucuna varılmaktadır[394].

Anayasa'nın 15. maddesinin 2. fıkrası kapsamında derogasyona konu edilemeyen haklardan biri olan suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar suçlu sayılmama ilkesi genel olarak "suçsuzluk karinesi" şeklinde anlaşılmaktaysa da, maddede özellikle mahkeme kararından bahsediliyor olması nedeniyle düzenlemeye özel bir anlam verilmektedir. Buna göre söz konusu hüküm, bir kişinin suçlu

[391] Türkiye, s. 81.

[392] Anayasa m. 15/ f.2'deki "suç ve cezalar geçmişe yürütülemez" yasağından ceza kanunlarının geçmişe uygulanamayacağı anlaşılmaktadır. "Kanun" sözcüğü doğrudan kullanılmamış olsa da maddenin yorumunda esas alınan AİHS m. 15 çerçevesinde bu sonuca ulaşılmaktadır. Buna göre suç ve ceza ihdas eden kanunlar geçmişe uygulanamaz. Yokuş, s. 44.

[393] AİHM idari suç ve cezaları, AİHS'in 6. ve 7. maddeleri kapsamında görmeyebilmektedir. Mahkeme, Çelikateş ve diğerleri / Türkiye kararında başvuranlara uygulanan ihraç yaptırımının esas itibarıyla silahlı kuvvetlerdeki disiplin işlemleri alanına girdiğini belirtmekte, bu nedenle ihraç kararının Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında bir suç isnadı (criminal charge) olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmaktadır. AİHM, Çelikateş ve diğerleri / Türkiye, B.N.: 45824/99, K.T.: 07.11.2000 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-5523 (27.06.2024).

[394] Şirin, 1982 Anayasası, s. 503; örnek bir karar için bkz.: AYM, E. 2014/100, K. 2015/6 sayılı, 14.01.2015 tarihli kararı.

olduğunun kabul edilmesi için mahkeme kararını aramakla birlikte, mahkemeye erişim hakkına yönelik bir güvence getirdiği şeklinde de yorumlanmaktadır[395].

Doktrinde Anayasa'da yer alan hükümlerin, sistematik yorum ve Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi uyarınca birbiriyle uyumlu olarak yorumlanması gereği göz önüne alındığında, derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesinde dikkate alınacak başka hükümler de olduğu ileri sürülmektedir. *Şirin* bu hükümleri, "Anayasa'nın özü", "her ne (…) olursa olsun kayıtları" ve "katı dille kaleme alınmış alanlar" şeklinde sınıflandırmakta ve tek tek inceleyip değerlendirmektedir[396]. Neticede Anayasa'nın lafzını aşan güvenceler olduğunu ve konunun farklı yorum ve tartışmalara açık olduğunu ileri sürmektedir[397].

Derogasyon hükmünü ihtiva eden 15. maddenin 1. fıkrasındaki uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere uygunluk kaydı nedeniyle, Türkiye'nin taraf olduğu bağlayıcı sözleşmelerden olan AİHS ve MSHS'de yer alan derogasyona konu edilemeyen haklar listelerinde yer alan haklara da olağanüstü haller gerekçe gösterilerek sınırlandırma getirilememektedir[398].

AİHS'in 15. maddesinin 2. fıkrasında sayılan derogasyona konu edilemeyen haklar ile Anayasa'da düzenlenenlerin büyük oranda örtüştüğü, ancak AİHS'in Anayasa'daki listeyi genişlettiği görülmektedir[399]. Yaşam hakkı ve işkence yasağı her

---

[395] Kaya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 225.

[396] Buna göre Anayasa'nın özü ve 4. maddesinin amacı doğrultusunda, Anayasada temel haklar için sağlanan güvencelerin dışında kalan ilkelere de olağanüstü haller gerekçe gösterilerek aykırı tedbirler alınamamaktadır. Zira bu ilkeler insan onurunun korunmasını güvence altına almaktadır.
"Her ne (…) olursa olsun" ibaresiyle yapılan düzenlemelerin kural, m. 15/f.1'in istisna olduğu kabul edildiğinde bu ibareyle koruma altına alınan hakların olağanüstü hal nedeniyle sınırlandırılması mümkündür. Fakat 15. maddenin genel kural olduğu kabul edilirse "her ne (…) olursa olsun" kaydıyla yapılan düzenlemelerin özel hüküm niteliğinde olması sebebiyle bu hükümlerde yer alan haklar, olağanüstü hallerde derogasyona konu edilemeyen haklar kategorisine dahil edilmektedir. Bu haklar özgürlüğünden yoksun bırakılanların mahkemeye başvurma hakkı (m. 19/f. 8); din, düşünce ve kanaatlerini izhar etmeye icbar edilmeme hakkı (m. 25/f. 2); din istismarından korunma hakkı (m. 24/f. 5, m. 42/f. 8); akademisyenlerin akademik özerklik hakkı (m. 130/f. 7) şeklinde kavramsallaştırılmaktadır. Söz konusu değerlendirmelere ilişkin detaylı açıklamalar için bkz.: Şirin, 1982 Anayasası, s. 504-513.

[397] Şirin 1982 Anayasası, s. 519-521.

[398] Olağan dönem için ilgili maddelerde haklara getirilen sınırlandırmalar, olağanüstü dönemler için de gerekli koşullar sağlandığı takdirde geçerliliğini koruyacaktır.

[399] Şirin, Tolga, "OHAL ile İlgili Bazı Tamamlayıcı Bilgiler", BİA Haber Merkezi, 23 Temmuz 2016; https://bianet.org/yazi/ohal-ile-ilgili-bazi-tamamlayici-bilgiler-177097 (26.06.2024).

iki düzenlemede de ortak olarak bulunmaktadır. Anayasa'dan farklı olarak Sözleşme'de bulunan kulluk ve kölelik yasağı da AİHS m. 15/ f. 2'deki düzenleme uyarınca koruma kapsamına alınmaktadır. Anayasa'da suç ve cezaların geçmişe yürümezliği derogasyona konu edilemeyen haklardan sayılmaktadır; ancak suç ve cezaların kanunla düzenlenmesi gereği bu kapsamda değildir. Sözleşme'nin "suç ve cezaların kanuniliği" başlıklı 7. maddesinin de Sözleşme kapsamında derogasyona konu edilemez olması sebebiyle kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi de Anayasa kapsamındaki dokunulmaz alana eklenmektedir[400].

MSHS ise bu haklara ek olarak ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken nedeniyle ayrımcılık yasağını; kişi olarak tanınma hakkını; borç nedeniyle hapis yasağını; din, vicdan, düşünce ve kanaat özgürlüğünü derogasyona konu edilemeyen haklar listesine dahil etmektedir. Anayasa'daki düzenleme kapsamında kişilerin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmama hakkı ve bunlardan dolayı suçlanma yasağı derogasyona konu edilemezken[401]; MSHS'nin sağladığı koruma ile açıklamaya zorlanmama güvencesinin ötesinde bir koruma sağlanmaktadır. Buna göre din, vicdan, düşünce ve kanaat özgürlüğü; genel bir zorlama yasağı da dahil olmak üzere, dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim yoluyla açığa vurma hakkı ve ebeveynlerin çocuklarına kendi inançları doğrultusunda eğitim verme hakkı gibi çok daha geniş bir yelpaze ile güvence altına alınmaktadır[402]. Böylece Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan derogasyon hükmü çerçevesinde derogasyona konu edilemeyen haklar Anayasa'da düzenlendikleri maddelere göre şöyledir:

Ayrımcılık yasağı (m. 10), kişi olarak tanınma hakkı (m. 12 ve m. 17/ f. 1), yaşam hakkı (m. 17), işkence yasağı (m. 17), kulluk ve kölelik yasağı (m. 17), din ve vicdan özgürlüğü (m. 24), düşünce ve kanaat özgürlüğü (m. 25), suç ve cezaların kanuniliği/ geriye yürümezliği ilkesi (m. 38), suçsuzluk karinesi (m. 38/ f. 4), borç nedeniyle hapis yasağı (m. 38/ f. 8).

[400] Şirin, OHAL ile İlgili Bazı Tamamlayıcı Bilgiler.
[401] Şirin, 1982 Anayasası, s. 502.
[402] Şirin, OHAL ile İlgili Bazı Tamamlayıcı Bilgiler.

Anayasa'da yer alan düzenlemelerin yanı sıra Türkiye'nin taraf olduğu AİHS ve MSHS'de bulunan derogasyona konu edilemeyen haklar da olağanüstü hallerde korunan dokunulmaz alan içerisindedir. Söz konusu dokunulmaz alanın kapsam ve sınırlarının detaylı olarak incelenmesi için bir sonraki başlıkta insan hakları sözleşmelerinde yer alan derogasyona konu edilemeyen haklara ilişkin hükümler ele alınmaktadır.

2.3. İnsan Hakları Sözleşmelerinde Yer Alan Düzenlemeler

2.3.1. Sözleşmelerin Hazırlık Çalışmalarında Derogasyona Konu Edilemeyen Haklar

İnsan Hakları Sözleşmelerinde bir derogasyon maddesi düzenlenmesine ilişkin tartışmalar ilk olarak BM İnsan Hakları Komitesi tarafından oluşturulan, BM bünyesinde bir sözleşme hazırlanmasına ilişkin çalışmalar ile gündeme gelmiştir. 1947 yılında Birleşik Krallık tarafından Hazırlık Komitesi'ne sunulan öneri ile derogasyon meselesi tartışılmaya başlanmıştır[403]. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarında derogasyona konu edilemeyen haklara yer verilmesine ilişkin uzlaşma sağlamak nispeten kolay olsa da, bu listede yer alacak hakların çeşitli öneriler arasından seçilip belirlenmesi oldukça zor olmuştur[404]. İnsan Hakları Komisyonu'nun 1949 tarihli 5., 1950 tarihli 6. ve 1951 tarihli 8. oturumunda farklı taslaklarda yer alan farklı içerikteki derogasyona konu edilemeyen haklar listeleri değerlendirilmiştir [405].

Lübnan temsilcisinin derogasyona konu edilemeyecek en az yarım düzine hak olduğu ve bu hakların olağanüstü haller ve savaş dahil olmak üzere her koşulda korunması gerektiği görüşü diğer temsilciler tarafından da genel olarak kabul görmüştür. Bu kabul derogasyon maddesinde derogasyona konu edilemeyen hakların listelenmesine dair genel uzlaşıyı yansıtır niteliktedir[406]. Birleşik Krallık tasarısında derogasyona konu edilemeyen haklara dair hüküm bulunmamasının itirazlara neden

[403] Gümüş Boyacı, s. 141.
[404] Oraá, s. 90.
[405] Oraá, s. 88
[406] Hartman, s. 115-116.

olması ve işkence yasağı gibi bazı yükümlülüklerden olağanüstü hallerde bile kaçınılamayacağının, ifade özgürlüğü gibi birtakım özgürlükleri de sınırlandırmanın mümkün olduğunun tartışılması derogasyona konu edilemeyen haklarla ilgili genel görüşleri ortaya koymuştur[407]. Hazırlık çalışmalarında genel görüş derogasyon maddesinde derogasyona konu edilemeyen haklara yer verilmediği takdirde devletlerin keyfi uygulamalarla Sözleşme'nin bütününe dair yükümlülüklerden kaçınabileceği şeklindedir[408].

1949 tarihli 5. oturumda ABD derogasyona konu edilemeyen haklar yerine konu edilebilen hakların düzenlenmesini önermiş[409], Fransa ve Birleşik Krallık temsilcileri ise derogasyona konu edilemeyen haklara ilişkin önerilerini ifade etmiştir. Birleşik Krallık'ın önerisi sadece dört haktan müteşekkildir: *Yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, kölelik yasağı, suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi*[410]. Fransa'nın önerisi ise daha uzun bir liste şeklindedir: *Yaşam hakkı, işkence yasağı, kulluk, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, keyfi tutuklama ve gözaltı yasağı, borç nedeniyle hapis yasağı, genel sağlığın tehlikede olması istisna olmak üzere ülkeyi terk etme hakkı, yabancıların sınır dışı edilmesi yasağı, adil yargılanma hakkı, geçmişe dönük cezalandırma yasağı, kanun önünde kişi olarak tanınma hakkı.* ABD ise *yaşam hakkı, işkence yasağı, kulluk, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, keyfi tutuklama ve gözaltı yasağı, sözleşmeden doğan yükümlülükler nedeniyle hapis yasağı, yabancıların sınır dışı edilmesi yasağı, adil yargılanma hakkı, suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi, hukuki kişiliğin tanınması hakkı ile düşünce, vicdan ve din özgürlüğü*nden oluşan derogasyona konu edilemeyen haklar listesi önermiştir[411].

Fransız ve Amerikan önerilerinin oldukça uzun bir liste ihtiva etmesine ve adil yargılanma hakkı ile keyfi tutuklama ve gözaltı yasağını derogasyona konu

[407] Hartman, s. 115.
[408] Kafadar, s. 86.
[409] Daha sonra bu öneri bir kenara bırakılsa da ABD, *habeas corpus* güvencesinin, seyahat özgürlüğünün, aleni yargılamanın, düşünce, din, toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin derogasyona konu edilebilen haklar listesinde olabileceğini ifade etmiştir. Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 56; Oraá, s. 88. Hatta ABD'nin genel görüşü, derogasyon hükmü yerine genel sınırlandırma hükmünden oluşan bir metin üzerinedir. MacDonald, s. 227.
[410] Oraá, s. 88.
[411] Hartman, s. 116.

edilemeyen haklardan saymasına rağmen *habeas corpus*[412]'u saymaması doktrinde dikkat çekmiştir[413]. Birleşik Krallık temsilcisi bu listeler karşısında keyfi tutuklama yasağı ve aleni yargılamanın uygulamasının savaş zamanlarında imkansız olabileceğini ifade etmiş; yaşam hakkına "meşru savaş fiilleri neticesinde meydana gelen ölümler" istisnasını eklemeyi önermiştir[414]. Beşinci oturum, Sözleşme'nin diğer maddeleri henüz tam olarak oturmadığından, derogasyona konu edilemeyecek hakların belirlenmesi bakımından nihai bir karara varılamadan sona ermiştir[415].

1950 tarihli 6. oturumda ise Fransa önerdiği listeden ülkeyi terk etme hakkını, yabancıların sınır dışı edilmesi yasağını ve adil yargılanma hakkını çıkarmış; düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü listeye eklemiştir[416]. Keyfi tutuklama ve gözaltına karşı güvencelerin ise yalnızca işgal ve kamu düzeninin bozulması hallerinde derogasyona konu edilebileceğini kabul etmiştir[417]. Bu oturumda Filipinler temsilcisi olağanüstü hallerde derogasyona konu edilemeyen haklar yerine konu edilebilen hakların listesini vermeyi önermiş; bu kapsamda tutuklamadaki güvenceleri, seyahat özgürlüğünü, yabancıların sınırdışı edilmesini, ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğünü listelemiştir[418]. Ancak daha evvel ABD tarafından da dile getirilen bu öneri yine kabul görmemiştir.

6. oturumda Fransa'nın önerdiği taslakta yer alan her bir hak için ayrı ayrı oylama yapmak suretiyle derogasyona konu edilemeyen haklar listesi belirlenmiştir. Buna göre yaşam hakkı, işkence ve insanlık dışı muamele yasağı, rıza dışı deneye tabi tutulma yasağı, kulluk, kölelik yasağı, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi dolayısıyla hapsetme yasağı, geçmişe yönelik cezalandırma yasağı,

---

[412] Kişileri hukuka aykırı alıkoymalardan korumayı hedefleyen *habeas corpus*, başkasını alıkoyan kişiye, alıkonulan kişiyi özgür bırakmasını yahut mahkeme huzuruna çıkararak mahkemeden alıkoymayı meşru kılabilecek hukuki sebep göstermesini emretmek suretiyle alıkoymanın hukukiliğini araştırmaya yönelik bir kurumdur. Feyzioğlu, Metin, "Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 44, Sayı 1, 1995, s. 669.

[413] Kafadar, s. 23; Hartman, s. 116.

[414] Hartman, s. 116-117. Birleşik Krallık temsilcisinin bu önerisi Rusya ve Çin tarafından sert bir dille eleştirilmiştir. Kafadar, s. 24.

[415] Kafadar, s. 24.

[416] Kafadar, s. 25.

[417] Hartman, s. 117.

[418] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 56.

kanun önünde kişi olarak tanınma hakkı ve düşünce din ve vicdan özgürlüğü derogasyona konu edilemeyecek haklar olarak belirlenmiştir[419]. Bu listede yer alan hakların seçilmesinde kullanılan kriter ise hazırlık çalışmalarından anlaşılamamıştır[420].

Lübnan temsilcisinin önerisiyle ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal köken, siyasi görüş, mülkiyet ve doğum temeline dayalı ayrımcılık yasağı da derogasyona konu edilemeyen haklar bağlamında değerlendirilmiş, ancak savaş zamanında düşman ülke vatandaşlarına karşı bir ayrımın kaçınılmaz olduğu mülahaza edildiğinden bu yasak liste kapsamının dışında tutulmuştur[421]. Bununla birlikte sekizinci oturumda olağanüstü hallerde yabancılara karşı alınacak tedbirlerde esneklik ve ayrımcılıktan kaçınma arzusunun uzlaştırılması neticesinde derogasyon maddesinin ilk fıkrasına "ırk, renk, cinsiyet, dil, din ve toplumsal köken temelli ayrımcılık yapmama" hükmü eklenmiş, böylece eşitliğe vurgu yapılmakla beraber tehdit oluşturan azınlıklara karşı önlem alma imkanı korunmuştur[422].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Parlamenterler Meclisi[423] tarafından Eylül 1949'da kabul edilen bir tavsiye kararındaki taslak metin üzerine bina edilmiştir[424]. Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarının 1950 tarihli oturumunda Birleşik Krallık tarafından Uzmanlar Komitesi'ne[425] sunulan öneri[426] uygun bulunmuş ve derogasyona konu edilemeyen haklar listesinin son hali de bu öneriye göre oluşturulmuştur[427].

---

[419] Hartman, s. 117.
[420] Oraá, s. 190. BM İnsan Hakları Komitesine göre borç nedeniyle hapis yasağı gibi bazı haklar olağanüstü hallerde sınırlandırılmaları gereksiz ve anlamsız olduğu için, vicdan özgürlüğü gibi bazı hakların sınırlandırılması mümkün olmadığı için, bazı haklar da hukukun üstünlüğünün teminatı olduğu için derogasyona konu edilemez. BM İHK 24 numaralı Genel Yorum, para. 10, Uyar, s. 69.
[421] Hartman, s. 118.
[422] Kafadar, s. 26.
[423] Avrupa Konseyi'nin iki asli organından biri olan Danışma Meclisi'nin adı 1994'te Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından Parlamenterler Meclisi olarak değiştirilmiştir. Meclis, Konsey'e üye olan ülkerlerin parlamentolarında görevli milletvekilleri tarafından seçilen parlamenterlerden oluşur. Avrupa Konseyi'nin müzakere organı olarak çalışır ce Komite'ye tavsiye kararlar sunar. Kafadar, s. 39.
[424] Gümüş Boyacı, s. 145.
[425] Avrupa Konseyi'nin müzakere organı olan Danışma Meclisi'nin talebi üzerine 1950'li yılların başında bir insan hakları sözleşmesi hazırlamak üzere hükümetler arası bir Uzmanlar Komitesi kurulmuştur. Gümüş Boyacı, s. 145.
[426] Bu öneri, BM MSHS'nin hazırlık çalışmalarında Birleşik Krallık tarafından BM İnsan Hakları Komisyonu'na sunulan önerinin aynısıdır. Bu öneride yer alan derogasyona konu edilemeyen haklar listesi değişikliğe uğramadan aynen kabul edilmiştir. Oraá, s. 91.
[427] Kafadar, s. 29; Oraá, s. 88.

Ancak listedeki hakların neden önerilip neye göre seçildiğine dair bilgi ve tartışmalara rastlanmamıştır[428]. Doktrinde AİHS'in, derogasyona konu edilemeyen haklar bakımından en sınırlı sayıda hakkı ihtiva etmesinin ardında daha kısa sürede daha geniş bir kabul sağlamak kaygısı olduğu ileri sürülmüştür[429].

Derogasyona konu edilemeyen haklar listesine yer veren üç sözleşmeden en uzun listeyi ihtiva eden AmeİHS'te yer alan 11 hak ve bunlara ilişkin yargısal güvenceler üzerinde sağlanan uzlaşı doktrinde dikkat çeken bir konudur. Eylül 1959'da Amerikalılar-Arası Hukukçular Konseyi tarafından hazırlanan Sözleşme'nin ilk taslağında AİHS metni ve derogasyon maddesi model alınmıştır[430]. Ancak taslakta sadece AİHS m. 15/f.2'de düzenlenen dört hakkın yer alması eleştirilmiş; keyfi tutuklama yasağı, *habeas corpus* ve usuli ve maddi güvencelerin de yer aldığı yeni listeler önerilmiştir[431].

Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun[432] 1969'daki San Jose Konferansında sunulan ve üzerinde çalışılan taslağında AİHS'te düzenlenen derogasyona konu edilemeyen haklara ek olarak keyfi tutuklama yasağı, usuli ve maddi güvenceler, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, hukuki kişiliğin tanınması hakkı ve borç nedeniyle hapis yasağı yer almıştır[433]. Bu listeye çeşitli sebeplerle itirazlar gelmesi ve farklı listeler önerilmesi üzerine derogasyona konu edilemeyen haklar listesinin son halinin belirlenmesi için bir çalışma grubu kurulmuştur. Çalışma grubunun tartışmalarına ilişkin kayıtlar olmadığından listede yapılan değişikliklerin nedenleri de anlaşılamamıştır. Ancak Komisyonun önerdiği taslaktan keyfi tutuklama yasağı, usuli ve maddi güvenceler, düşünce özgürlüğü ile borç nedeniyle hapis yasağı

[428] Oraá, s. 91.
[429] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 57.
[430] Gümüş Boyacı, s. 148; Oraá, s. 91.
[431] Oraá, s. 91.
[432] Amerikan Devletleri Örgütünün danışma organı olan Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun görevi, insan haklarının korunmasını desteklemek ve teşvik etmektir. Komisyon aynı zamanda taraf devletlerin AmeİHS'te düzenlenen yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadığını denetler. Samancı, Uğur, "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Denetim Organları ve Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının Denetimi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 1795 ve 1801.
[433] Oraá, s. 92.

çıkarılmış; kölelik yasağı, aile hakkı, vatandaşlık hakkı ve yönetime katılma hakkı listeye eklenmiştir.

Listenin son halinden memnun olmayan ABD'nin keyfi tutuklama yasağı ve adil yargılanma hakkını listeye ekleme önerisi ise kabul görmemiştir[434]. Ancak Konferansın ikinci oturumunda ABD'nin sunduğu değişiklik doğrultusunda derogasyona konu edilemeyen hakların korunması için zorunlu olan yargısal güvenceler de bu hakların düzenlendiği 27. maddenin 2. fıkrasındaki korumadan yararlanacak şekilde listeye dahil edilmiştir[435]. Böylece AmeİHS derogasyona konu edilemeyen haklar için temel yargısal güvencelerin dahil edildiği ilk uluslararası insan hakları belgesi olma niteliği kazanmıştır[436].

2.3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Derogasyona Konu Edilemeyen Haklar

Olağanüstü hallerde derogasyon hükmü AİHS'in 15. maddesinde düzenlenmiş, hak ve özgürlüklere getirilebilecek sınırlandırmaların hukuki çerçevesi çizilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında, hak ve özgürlükleri sınırlandırma olanağı sunan ilk fıkraya kayıtlama getirilmiştir. 2. fıkrada, olağanüstü hallerde tehlike veya tehdidin ağırlığı ne olursa olsun ve devletlerin sınırlandırmanın kesin surette zorunlu olduğuna ilişkin gerekçesi ne kadar ikna edici olursa olsun alınacak tedbirler kapsamında müdahale edilemeyecek hakların listesine yer verilmiştir[437]. Doktrinde bu hakların belirlenmesinde çekirdek haklar prensibi doğrultusunda birinci derecede önemli görülen temel haklar kriterinin kullanıldığı ifade edilmiştir[438].

15. maddenin 2. fıkrasına göre meşru savaş fiilleri neticesindeki ölüm hali dışında 2. maddede düzenlenen yaşam hakkı, 3. maddede düzenlenen işkence veya

[434] Oraá, s. 93.
[435] Gemalmaz, İnsan Hakları, s. 38.
[436] Pasqualucci, Jo M., "The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law", The University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 26, No. 2 (Winter, 1994/1995), s. 324.
[437] Büyüktavşan, s. 308.
[438] Kafadar, s. 90.

insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ve ceza yasağı, 4. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen kulluk, kölelik yasağı, 7. maddede düzenlenen kanunsuz ceza uygulama yasağı olağanüstü hallerde derogasyona konu edilemez.

Sözleşme'nin 2 ve 7. maddelerinde belirtilen haklara ilişkin istisnalar olağanüstü hallerde de geçerliliğini korumaya devam etmektedir. Yani 2. maddede düzenlenen yaşam hakkının ihlali sonucunu doğuracak eylem, 2. fıkrada sayılan istisna durumların kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşmayacak şekilde gerçekleşmişse 2. madde ihlal edilmemiş sayılmaktadır[439]. Buna göre bir kişinin yasadışı şiddete karşı korunması, kanuna uygun bir yakalama yahut tutuklamanın gerçekleştirilmesi, usulüne uygun şekilde alıkonulan kişinin kaçışının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın kanuna uygun şekilde bastırılmasına yönelik eylemler neticesinde meydana gelen ölümler, güç kullanımının kesinlikle gerekli olması halinde bu istisna kapsamında kalmaktadır[440]. Nitekim AİHM de İrlanda / Birleşik Krallık davasında Birleşik Krallık tarafından derogasyona başvurulduğuna dair Genel Sekreter'e yapılan bildirimin 2. maddenin ihlali karşısında ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir[441].

Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kanunsuz ceza olmaz ilkesi de 2. fıkrasında yer alan hükümlere tabidir. Buna göre işlendiği sırada uygar uluslar tarafından kabul gören hukukun genel ilkelerine göre suç teşkil eden eylem veya ihmalleri nedeniyle suçlu bulunan kişinin yargılanması veya cezalandırılmasının, kanunsuz ceza olmaz ilkesine aykırılık teşkil etmemesi durumu olağanüstü hallerde de geçerliliğini korumaktadır.

15. maddenin 2. fıkrasında sayılan hakların yanı sıra AİHS'e Ek Protokollerde de olağanüstü hallerde derogasyona konu edilemeyen haklar düzenlenmiştir. AİHS'e Ek 6 numaralı Protokol'ün[442] 1. ve 2. maddelerinde ölüm cezası barış zamanı için

[439] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesine İlişkin Rehber, s. 10.
[440] Shraga, s. 224-225.
[441] AİHM, İrlanda / Birleşik Krallık, B.N.: 5310/71, K.T.: 18.01.1978 https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506 (20.05.2024).
[442] İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'nin, Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Protokol No. 6, 28.04.1983 tarihinde imzalanmış, 01.03.1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, Cilt 1, 2. bs., İstanbul 2011, s. 161. Türkiye, AİHS' Ek 6 No'lu Protokolü 15.01.2003 tarihinde imzalamıştır, 26.06.2003 tarih ve 4913

kaldırılmış, ancak savaş zamanında veya yakın savaş tehlikesi durumunda işlenen fiiller için yasanın belirlediği hallerde ve onun hükümlerine uygun olarak ölüm cezası verilebileceği hüküm altına alınmıştır[443]. Protokolün 3. maddesi ise Protokol hükümlerine ilişkin derogasyon yasağı getirmiştir[444]. AİHS sisteminde ölüm cezasını tamamen kaldıran Ek 13 numaralı protokol[445] ile Ek 6 numaralı Protokoldeki "savaş veya yakın savaş tehlikesi" kaydı işlevini yitirmiştir[446]. Ölüm cezasını herhangi bir istisnaya yer vermeksizin yasaklayan 13 numaralı Protokol 2. maddesinde, 1. maddede düzenlenen ölüm cezasına ilişkin yasağın olağanüstü hallerde de derogasyona konu edilemeyeceğini düzenlemiştir[447]. Benzer şekilde Türkiye tarafından imzalanan ve 01.08.2006'da yürürlüğe giren 7 numaralı protokolün[448] 4. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı (*non bis in idem*)" da aynı maddenin 3. fıkrasıyla olağanüstü hallerde derogasyona konu edilemeyecek haklar kategorisine dahil edilmiştir[449].

AİHM ise 17.09.2009 tarihli kararında[450] daha önceki aksi yönde içtihatlarından farklı olarak, suçun işlenmesinden sonra yürürlüğe giren bir kanunun öngördüğü daha hafif bir cezanın uygulanmamasını 7. maddenin ihlali olarak nitelendirmiştir. Böylece Mahkemenin içtihadı doğrultusunda lehe olan cezanın

---

sayılı Yasa ile onaylanması uygun bulunarak Bakanlar Kurulu'nun 17.09.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2003/6069 sayılı kararıyla onanmıştır. Gümüş Boyacı, s. 192.

[443] Protokol metni için bkz.: https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019104729ek6.pdf (28.06.2024).

[444] Zand, s. 187-188.

[445] İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'nin, Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına İlişkin Protokol No. 13, 03.05.2002 tarihinde imzalanmış, 01.07.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, Cilt 1, s. 195. Türkiye, Ek 13 No'lu Protokolü 9.01.2004 tarihinde imzalamış, 6.10.2005 Tarih ve 5409 sayılı Yasa ile onaylanması uygun bulunarak Bakanlar Kurulunun 12.10.2005 tarih ve 25964 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/96849 sayılı kararı ile bu protokolün onaylanması kararlaştırılmıştır. Onay belgeleri 20.02.2006 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Türkiye bakımından 01.06.2006 tarihinden itibaren yürürlük kazanmıştır. Gümüş Boyacı, s. 192.

[446] Gümüş Boyacı, s. 191-192.

[447] Şirin, 1982 Anayasası, s. 514; Protokol metni için bkz.: https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019104803ek13.pdf (27.06.2024).

[448] İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi Protokol No. 7, 22.11.1984 tarihinde imzalanmış, 01.11.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, Cilt 1, s. 165.

[449] Adıgüzel, s. 18; Kaya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 224; Şirin, 1982 Anayasası, s. 514; Protokol metni için bkz.: https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019104748ek7.pdf (27.06.2024).

[450] AİHM, Scoppola / İtalya, B.N.: 10249/03, K.T.: 17.09.2009, para. 103 vd. https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-94135 (27.06.2024).

uygulanması hakkı, 15. maddenin 2. fıkrası uyarınca olağanüstü hallerde de derogasyona konu edilemeyecek olan 7. madde kapsamında korunur hale gelmiştir[451].

AİHM içtihatlarıyla derogasyon bağlamında mutlak korumadan yararlanan derogasyona konu edilemeyen haklara ilişkin yaklaşımını ortaya koymuştur. Ahmet Özkan ve diğerleri / Türkiye kararında[452] Mahkeme, Sözleşme'nin yaşam hakkını güvence altına alan ve bu hakkı ihlal etmenin hangi durumlarda meşru sayılabileceğini düzenleyen 2. maddesinin, 3 madde ile birlikte Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumun temel değerlerini koruma altına aldığını ifade etmiştir. Ardından Sözleşme'nin temel maddelerinden olan bu hükümlerin derogasyona konu edilemeyeceğini hatırlatmış, bu doğrultuda yaşam hakkını ihlal eden durumları haklı kılacak nedenlerin de katı bir şekilde yorumlanması gereğini ortaya koymuştur[453].

AİHS m. 15/f. 2'de derogasyona konu edilemeyen haklardan olduğu düzenlenen Sözleşme'nin 3. maddesindeki işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı, aynı zamanda olağan dönemler için de istisna hükmü içermemesi sebebiyle Soering / Birleşik Krallık kararında[454] AİHM tarafından mutlak hak olarak nitelendirilmiştir. Yine bu kararda Mahkeme, bu maddenin düzenlemesini Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden biri olarak nitelendirmiş, bu yasağın MSHS ve AmeİHS'te de benzer şekilde düzenlendiğine işaret ederek uluslararası alanda genel kabul görmüş bir standart olduğunu ifade etmiştir[455].

[451] Şirin, 1982 Anayasası, s. 513. Bu hak MSHS'nin 4. maddesinin 2. fıkrasında düzenleme uyarınca da koruma altındadır.
[452] AİHM, Ahmet Özkan ve diğerleri / Türkiye, B.N.: 21689/93, K.T.: 06.04.2004, para. 296 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-61696 (28.06.2024).
[453] Aynı ifadelere Avşar / Türkiye kararının 390. paragrafında da yer verilmiştir: B.N.: 25657/94, K.T.: 10.07.2001, https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59562 (28.06.2024).
[454] AİHM, Soering / Birleşik Krallık, B.N.: 14038/88, K.T.: 07.07. 1989, para 88, https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57619 (29.05.2024).
[455] Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi, İstanbul 1990, s. 108-109.

2.3.3. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde Derogasyona Konu Edilemeyen Haklar

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde derogasyon hükmü 4. maddede düzenlenmekte, maddenin 2. fıkrasında da derogasyona konu edilemeyen haklar sayılmaktadır. Buna göre yaşam hakkı ve ölüm cezasının sınırlanması (m. 6); işkence, insanlık dışı muamele ve cezalandırma yasağı ile rızasız tıbbi ve bilimsel deneye tabi tutma yasağı (m. 7); kulluk, kölelik ve köle ticareti yasağı (m. 8/1-2); borç nedeniyle hapis yasağı (m. 11); kanunsuz ceza olmaz ilkesi, lehe olan cezanın uygulanması hakkı (m. 15); hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı (m. 16); düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 18) olağanüstü hallerde derogasyona konu edilememektedir. Sözleşme'de düzenlenen hakların yanı sıra MSHS'ye Ek 2 Numaralı İhtiyari Protokol'ün 6. maddesinde ölüm cezasına ilişkin yasağın da derogasyona konu edilemeyen haklar kapsamında olduğu düzenlenmektedir[456].

Belirtmek gerekir ki MSHS'ye göre bir hakkın derogasyona konu edilemeyen haklardan biri olarak düzenlenmesi, bu hakka hiçbir sınırlandırma getirilemeyeceği anlamına gelmemektedir[457]. Örneğin 4. maddenin 2. fıkrasında derogasyona konu edilemeyeceği düzenlenen 18. maddenin, 3. fıkrasında din ve inanç özgürlüğünün kamunun güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarını temel hak ve özgürlüklerini korumak maksadıyla ve kanunla sınırlanabileceği düzenlenmektedir. Bunun gibi Sözleşme'de derogasyona konu edilemeyen hakların düzenlendiği maddelerde yer alan söz konusu haklara ilişkin sınırlandırmalar derogasyon meselesinden bağımsız olarak olağanüstü hallerde de geçerliliğini korumakta, ancak bu haklara getirilecek sınırlandırmaların gerekçelendirilmesi gerekmektedir[458].

BM İnsan Hakları Komitesi 24 numaralı Genel Yorum'unda derogasyona konu edilemeyen hakların neye göre belirlendiğine dair açıklamalarda bulunmaktadır.

---

[456] Şirin, 1982, s. 515. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin, Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan İkinci Seçmeli Protokolü 15.12.1989'da imzalanmış, 11.07.1991'de yürürlüğe girmiştir. Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, Cilt 2, 2. bs., İstanbul, 2011, s. 161.

[457] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 7, Uyar, s. 107.

[458] Kafadar, s. 91.

Komiteye göre borç nedeniyle hapis yasağı gibi bazı hakların derogasyona konu edilemeyen haklar olarak belirlenmesinin nedeni, olağanüstü hallerde bu hakları sınırlandırmanın gereksiz ve ilgisiz olmasıyken; vicdan özgürlüğü gibi bazı hakları da derogasyona tabi tutmak mümkün değildir. Hukukun üstünlüğünün esasını oluşturan bazı hakların da aksine düzenleme yapmak ve bunları derogasyona tabi tutmak mümkün değildir[459].

Doktrinde MSHS'de derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesinde "çekirdek haklar prensibi" doğrultusunda "birinci derecede önemli" olan temel hakların ve derogasyona başvurulmasına neden olan olayla ilişkilendirilememesi nedeniyle derogasyona konu edilmesine gerek duyulmayan hakların seçilmesi yoluna giderek iki farklı kriter kullanıldığı ileri sürülmektedir. İlk kriter için yaşam hakkı ve işkence yasağı, ikinci kriter için kişi olarak tanınma hakkı örnek olarak verilmektedir. Bu belirlemelere rağmen MSHS'nin olağanüstü hallerde tehdit ve saldırıya açık olan hakları derogasyona konu edilemeyen haklar korumasına almaması nedeniyle eleştiriye tabi tutulduğu ifade edilmektedir[460].

İnsan Hakları Komitesi 29 numaralı Genel Yorum'unda, derogasyona konu edilemeyen hakların 4. maddenin 2. fıkrasında sayılanlarla sınırlı olmadığına dair bağlayıcı olmayan bir görüş ileri sürmekte, yorum yoluyla başka hakları da listeye eklemektedir[461]. Komite böylece MSHS'nin uygulanmasına yönelik bir rehber olarak yayınlanan Genel Yorumlarla derogasyona konu edilemeyen hakların kapsamını genişletmektedir[462]. Komiteye göre 4. maddenin 1. fıkrasındaki düzenleme nedeniyle, ayrımcılık yasağına dair maddeler (m. 2, 3, 14/1, 23/4, 24/1, 25, 26), maddenin 2. fıkrasında sayılmasa da, ayrımcılık yasağının derogasyona konu edilemeyecek yönleri vardır[463].

Uluslararası hukukun emredici hukuk normları (*jus cogens*) ve insancıl hukuk kurallarının Sözleşme'nin 4. maddesi gerekçe gösterilerek hiçbir koşulda ihlal

[459] BM İHK 24 numaralı Genel Yorum, para. 10, Uyar, s. 69.
[460] Kafadar, s. 90.
[461] Şentop, s. 143-144.
[462] Kafadar, s. 92.
[463] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 8, Uyar, s. 108.

edilemeyeceği de İnsan Hakları Komitesinin 29 numaralı Genel Yorum'unda ifade edilmekte, böylece bu kurallar da koruma altına alınmaktadır. Komiteye göre örneğin, rehin alma eylemleri, toplu cezalandırmalar, özgürlüklerden keyfi şekilde mahrum bırakma, adil yargılanma hakkı ve suçsuzluk karinesine riayet etmeme gibi ihlallerin 4. madde çerçevesinde meşru kılınması söz konusu değildir[464].

29 numaralı Genel Yorum'un 13. paragrafında, m. 4/ f. 2'de sayılmasa da derogasyona konu edilemeyecek haklara örnekler verilmektedir[465]. Buna göre MSHS'nin 10. maddesi derogasyona konu edilemeyen haklar arasında düzenlenmemiş olsa da, askıya alınması mümkün olmayan genel bir uluslararası hukuk kuralı niteliğindedir. Sözleşme'de insan onuruna yapılan vurgu ve derogasyona konu edilemeyen haklardan olan işkence yasağı ile yakından ilişkisi Komiteyi bu sonuca ulaştırmaktadır. Komite, emredici özellik taşıyan genel uluslararası hukuk normları olmaları sebebiyle rehin alma, kaçırma ve keyfi alıkoyma yasaklarını da olağanüstü hallerde derogasyona konu edilemeyen haklardan olarak nitelendirilmektedir. Yine Komiteye göre uluslararası hukukta soykırımın yasaklanması, 18. maddenin derogasyona konu edilemeyen haklardan olarak düzenlenmesi, derogasyon konusunun düzenlendiği maddede ayrımcılık yasağından söz edilmesi sebebiyle azınlıkların korunması da her koşulda saygı duyulmasını gerektirmektedir. Her ne kadar 12. madde derogasyona konu edilemeyen haklar listesinde yer almasa da, uluslararası hukukta meşru sayılan sebepler olmaksızın kişilerin sınırdışı edilmesi, yer değiştirmeye zorlanması insanlığa karşı suçlar olarak görüldüğünden olağanüstü hallerde de meşru sayılmamaktadır. Benzer şekilde Sözleşme'nin 20. maddesi de olağanüstü hal ilanında dikkate alınmalıdır.

İnsan Hakları Komitesine göre, taraf devletlerin Sözleşme hükümlerini ihlal etmeleri halinde etkili hak arama yolları sağlamasını öngören 2. maddenin 3. fıkrası, her ne kadar derogasyona konu edilemeyen haklar listesinde yer almasa da,

[464] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 11, Uyar, s. 110.
[465] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 13, Uyar, s. 111.

Sözleşme'nin tamamına yayılan sözleşmesel bir yükümlülük olduğundan taraf devletler olağanüstü hallerde de bu hükme uygun davranmalıdır[466].

Komiteye göre derogasyona konu edilemeyen hakların korunması, bunun için gerekli olan başta yargısal güvenceler olmak üzere usuli güvencelerin sağlanmasını gerektirmektedir. Sözleşme'nin usul tedbirlerine yer veren hükümleri derogasyona konu edilemeyen hakların korunmasının önüne geçilmesine yol açacak tedbirlere konu olmamalıdır. Olağanüstü hallerin devamı sırasında görülen ve ölüm cezasına hükmedilecek her dava, başta 14. ve 15. maddeler olmak üzere, Sözleşme'deki düzenlemelere uygun olmalıdır[467].

Sözleşme'nin bütününde yer alan kanunilik ve hukukun üstünlüğü ilkeleri, adil yargılanma hakkına olağanüstü hallerde de saygı duymayı gerektirmekte ve silahlı çatışmalarda adil yargılanma hakkının bazı yönleri uluslararası insancıl hukuk tarafından güvenceye alınmaktadır[468]. Bu sebeple Komite, diğer olağanüstü durumlarda da bu güvencelere aykırı tedbirleri meşrulaştıracak nedenler ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir[469].

Derogasyona konu edilemeyen haklar kapsam bakımından Anayasa ve AİHS ile benzer gibi görünse de MSHS'nin onlardan daha fazla hakka güvence getirdiği

---

[466] Taraf devletlerin, olağanüstü hallerde, durumun gerektirdiği ölçüyü ve Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirleri aşmamak şartıyla adli veya diğer hak arama imkanlarının işleyişine yönelik düzenlemeler yapabilmesi mümkündür. BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 14, Uyar, s. 111-112.

[467] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 15, Uyar, s. 112.

[468] Uluslararası hukuk ve silahlı çatışmalara ilişkin dört Cenevre Sözleşmesi'nin de ortak olarak içerdiği 3. maddeye göre, taraflardan birinin topraklarında ortaya çıkan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma durumunda, çatışmanın taraflarından her biri adil yargılanmaya ilişkin en azından şu güvenceyi sağlamalıdır: Silahlarını bırakmış olan silahlı kuvvetler mensupları ve hastalık, yaralanma, tutuklanma veya başka bir nedenle savaş dışı kalan kişiler de dahil olmak üzere çatışmalarda aktif rol almayan kişilerin ırk, renk, din ve inanç, cinsiyet, doğum veya servet ya da benzer bir kritere göre ayrım yapılmadan bütün koşullarda insani müdahale görmesi amacıyla, uygar uluslarca vazgeçilmez olduğu kabul edilmiş tüm adil güvenceleri sağlayan düzenli, kurulu bir mahkeme kararı olmaksızın ceza verilmesi ve bu cezaların infazı nerede ve ne şekilde olsun yasaktır ve yasak olarak kalacaktır. Aksoy, Ercümen, Merve, "Savaşın Değişen Doğası ve Cenevre Sözleşmeleri", 22.08.2016 https://www.insamer.com/tr/?output=pdf&type=post&id=4505 (28.06.2024).

[469] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 16, Uyar, s. 112. Konuya ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz.: Olivier, Clementine, "Revisiting General Comment No. 29 of the United Nations Human Rights Committee: About Fair Trials and Derogations in Times of Public Emergency" Leiden Journal of International Law, vol. 17, no. 2, June 2004, pp. 405-420. HeinOnline (30.06.2024).

görülmektedir. Anayasa ve AİHS'ten farklı olarak MSHS'de ayrımcılık yasağı m. 4/ f.1'de açıkça düzenlenmekte, lehe hükmün uygulanması hakkına Sözleşme metninde yer verilmektedir. Kişi olarak tanınma hakkı, sadece açıklamaya zorlanmama ve bunlardan dolayı suçlanmama güvencesini getiren Anayasa'dan farklı olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün tamamı[470] derogasyona konu edilemeyen haklar kapsamında düzenlenmektedir[471]. Ayrıca İnsan Hakları Komitesi Genel Yorumlarıyla başka hakları da derogasyona konu edilemeyen haklar korumasına dahil etmektedir. Bu haklar bakımından AmeİHS ise MSHS'ye göre daha kapsamlı bir liste ihtiva etmektedir.

2.3.4. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Derogasyona Konu Edilemeyen Haklar

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 1969'da imzaya açılmış, 1978'de yürürlüğe girmiştir[472]. Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin ihlalinin denetlemek üzere seçimlik yargı yetkisi olan Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi (AAİHM) ile danışma ve denetim işlevi gören Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Komisyonu (AAİHK) görevlendirilmektedir[473]. Sözleşme'nin 4. bölümünde yer alan *"Güvencelerin Askıya Alınması"* başlıklı 27. maddede derogasyon hükmüne yer verilmektedir[474]. Bu hükme göre taraf devletlerden biri, güvenliği yahut bağımsızlığı savaş, kamusal ya da diğer tehlike ile tehdit altında olduğunda Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini askıya alacak şekilde önlemler alabilmektedir. Ancak bu önlemler söz konusu tehdidin neden olduğu zorunlulukların kesin olarak gerektirdiği ölçü ve sürede olmalı, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklere uygun olmalı ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da sosyal kökene dayalı ayrımcılık ihtiva etmemelidir.

---

[470] Anayasa'da sadece din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini izhar etmeye icbar edilmeme ve bunlardan dolayı suçlanmama yönüyle güvence sağlanmışken AİHS bu güvenceye hiç yer vermemiştir.
[471] Şirin, 1982 Anayasası, s. 517.
[472] Lillich, Richard B., International Human Rights Instruments: A Compilation of Treaties, Agreements, and Declarations of Especial Interest to the United States. Buffalo, N.Y., W.S. Hein Co. s. 190.1, HeinOnline.
[473] Akıllıoğlu, s. 414; Kalabalık, İnsan Hakları, s. 152.
[474] Gemalmaz, İnsan Hakları, s. 37-38.

27. maddenin 2. fıkrasında derogasyona konu edilemeyen haklar şöyle sıralanmaktadır: Madde 3 (hukuk kişiliğine hak), madde 4 (yaşam hakkı), madde 5 (insanca muamele görme hakkı), madde 6 (köle olmama özgürlüğü), madde 9 (fiilden sonra konan yasalara tabi olmama özgürlüğü), madde 12 (vicdan ve din özgürlüğü), madde 17 (aileye ilişkin haklar), madde 18 (isim hakkı), madde 19 (çocuk hakları), madde 20 (vatandaşlık hakkı), madde 23 (yönetime katılma hakkı) ve bu hakların korunması için zorunlu bulunan yargısal güvenceler.

Derogasyona ilişkin bildirim yükümlülüğü ise 27. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre derogasyona başvuran devlet, derogasyona başvurmaya neden olan gerekçeler, derogasyona konu edilen haklar ve derogasyonun planlanan sona erme tarihi konularında Amerikan Devletleri Örgütü Genel Sekreteri vasıtasıyla diğer taraf devletleri derhal bilgilendirmelidir.

AmeİHS 27. madde bakımından derogasyon düzenlemesine yer veren diğer iki insan hakları sözleşmesi olan AİHS ve MSHS'den daha kapsamlı ve yetkin görülmektedir[475]. Derogasyona konu edilemeyen hakların korunması için yargısal güvenceler de dahil olmak üzere 12 haktan oluşan derogasyona konu edilemeyen haklar listesi de söz konusu sözleşmelere göre çok daha uzundur[476].

Her ne kadar en kapsamlı listeyi ihtiva etse de, derogasyona konu edilemeyen hakların Sözleşme'de sayılanlarla sınırlı olamayacağı, ilgili ve yetkili merciler tarafından amaçsal ve genişletici yorumla listenin geliştirilip yetkinleştirilmesi gereği ifade edilmektedir[477]. Bu doğrultuda Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Komisyonunun istemi üzerine AAİHM'in, *habeas corpus* emrinin olağanüstü hallerde derogasyona konu edilip edilemeyeceği konusunda Tavsiye Görüşü verdiği görülmektedir. AAİHK, Mahkemeye sunduğu değerlendirmede *habeas corpus* emrinin, gözaltına alınan kişinin derhal hakim önüne çıkarılmasını sağlamakla, yaşayıp yaşamadığının, işkenceye ya da fiziksel veya psikolojik istismara maruz kalıp kalmadığının

[475] Kasaudhan, Sarvesh, "Jurisprudence of Non-Derogable Rights", International Journal of Advanced Research on Law and Governance Volume 5, Issue 2, 2023, s. 78; Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 143.
[476] Kasaudhan, s. 78.
[477] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 172.

anlaşılmasına hizmet ettiğini ifade etmektedir. Sözleşme'de derogasyona konu edilemeyen haklardan olarak düzenlenen işkence yasağı ile birlikte değerlendirildiğinde AAİHK, *habeas corpus* güvencesinin de bu haklar kapsamına alınması gereğini ileri sürmektedir[478].

Komisyonun değerlendirmeleri üzerine AAİHM Olağanüstü Hallerde *Habeas Corpus* Güvencesi başlıklı Tavsiye Görüşünde, Sözleşme'nin 27. maddesinde yer alan hak ve güvencelerin askıya alınması ifadesinin mutlak bir anlam taşımadığını ifade etmiştir. Buna göre sadece olağanüstü halin koşulları gerektirdiğinde Sözleşme'de düzenlenen haklar, 1. fıkrada sayılan koşulları sağlamak kaydıyla ve 2. fıkrada düzenlenen haklar istisna olmak üzere sınırlandırılabilmektedir[479]. Ancak taraf devletlerin bazılarının olağanüstü hallerde *habeas corpus*'un da aralarında olduğu yargısal güvencelerin derogasyona konu edilebileceğine dair görüş ve uygulamaları karşısında Mahkeme, bazı yargısal güvencelerin de derogasyona konu edilemeyen haklar kapsamında olduğuna karar vermiştir[480].

AAİHM, her ne kadar Sözleşme'de sayılan derogasyona konu edilemeyen haklar listesinde 7. ve 25. maddelere yer verilmemiş olsa da m. 7/f. 6'da ve m. 25/f. 1'de düzenlenen güvencelerin m. 27/f. 2'de koruma altına alınan derogasyona konu edilemeyen hakların korunması için zorunlu olan yargısal güvenceler[481] kapsamında olması nedeniyle bu hakların da derogasyona konu edilemeyeceğine karar vermiştir[482]. M. 7/f. 6'da mahkemenin bütün yargısal güvencelerin belki de en önemlisi olarak gördüğü *habeas corpus* emri[483], m. 25/f.1'de ise *amparo* olarak bilinen ve tüm temel insan haklarının yalın ve hızlı sonuç veren bir hukuk yolu ile korunması amacına yönelik bir usul kurumu düzenlenmiştir[484].

---

[478] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 162
[479] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 163.
[480] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 162-165.
[481] AAİHM'e göre bu tür güvenceler o hükmün koruma altına aldığı hak ve özgürlüklerin tam manasıyla kullanılması bakımından garanti sağlayan ve bu güvencelerin uygulanmaması yahut sınırlandırılması halinde haklardan tam olarak yararlanmanın tehlikeye düşeceği haklardır. Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 166.
[482] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 165-166.
[483] Çamurcuoğlu, Gülden, "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 2, 2019, s. 724.
[484] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 165-167.

Habeas corpus emri, kişinin yaşamı ve fiziksel bütünlüğünün korunmasında, ortadan kaybolmasının ya da nerede olduğunun bir sır olarak kalmasının önlenmesinde ve işkence veya zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza veya muamelenin engellenmesinde hayati önem taşımaktadır. Bu sebeple emrin Mahkeme tarafından derogasyona konu edilemeyen haklar güvencesine alınması ciddi ve sistematik insan hakları ihlallerinin önlenmesi bakımından önemlidir[485].

2.3.5. Derogasyona Konu Edilemeyen Haklar Listelerinin Genişlemesi

En geniş kabulü en kısa sürede sağlamak için derogasyona konu edilemeyen haklar listesini mümkün mertebe kısa tutmak pragmatik bir neden gibi görünmektedir[486]. Fakat insan hakları sözleşmelerinde yer alan derogasyon hükümleri incelendiğinde derogasyona konu edilemeyen haklar listesinin giderek genişlediği görülmektedir. 1950 tarihli AİHS'te 4 hak, 1966 tarihli MSHS'de 7 hak ve 1969 tarihli AmeİHS'te 11 hak derogasyona konu edilemeyen haklar listesinde sıralanmaktadır[487]. Doktrinde bu genişlemenin sözleşme hükümlerine de yansıtılması, yani AmeİHS'te yer alan hakların diğer iki sözleşmede de yer almasını sağlayacak şekilde değişiklik yapılması tartışılmaktadır[488]. Nitekim hak ve özgürlükleri yok edecek veya öngörülenden daha fazla sınırlandırmaya neden olabilecek şekilde kötüye kullanmanın yasaklandığı AİHS m. 17'nin ve MSHS m. 5'in, sözleşmelerde yer alan derogasyona konu edilemeyen haklar listesinde bulunmaması, bu sözleşmelerde yer alan söz konusu listelerin tahdidi olarak sayılmadığı, yani başka hakların da bu listeye eklenmesinin mümkün olduğu şeklinde yorumlanmaktadır[489]. Ancak sözleşmelerde yapılacak resmi değişiklik önerisi, örneğin MSHS sisteminde taraflar arasındaki görüşmelere dayandığından, uzun bir prosedür gerektirmesi ve söz konusu değişiklik yalnızca taraf devletleri bağlayacağından sınırlı etki doğurması sebebiyle kabul görmemektedir[490].

---

[485] Pasqualucci, s. 325.
[486] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 56.
[487] Belirtilen tarihler sözleşmelerin nihai halleriyle imzaya açıldığı tarihlerdir. Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 54.
[488] Hartman, s. 113.
[489] Jost Delbrück, "Safeguarding Internationally Protected Human Rights in National Emergencies: New Challenges in View of Global Terrorism", in Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress, Ed. Jürgen Bröhmer et al. (p. 35-46), Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2005, p. 41'den aktaran Kafadar, s. 60.
[490] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 55.

Doktinde, AİHS ve MSHS'deki derogasyona konu edilemeyen haklar listelerinin AmeİHS'te yer alan hakları da içerecek şekilde genişletilmesi önerilmektedir. Ancak bu öneri, söz konusu hakların dayandığı moral gücü ve önemi, yani ulusun yaşamını tehlikeden kurtarmak için bile olsa korunması gerekliliği anlayışını zayıflatma riski taşıdığından bahisle eleştirilmektedir[491]. Bu eleştiri kısa olsa da mutlak hakları ihtiva eden bir listenin koruma bakımından daha ciddi bir itibar göreceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır[492]. Ancak bu düşünce de moral gücün ve önemin listelerin kısa olmasından değil, listeler hakkındaki evrensel ve ortak bir uzlaşıdan kaynaklandığına ilişkin mülahazalarla eleştiriye tabi tutulmaktadır[493].

Derogasyona konu edilemeyen hakların listesini genişletmek için mevcut sözleşmelerde değişiklik yapmak yerine, olağanüstü hallerin ve bu hallerde başvurulabilecek tedbirlerin sistemli bir şekilde standarda bağlandığı yeni, kapsamlı ve *spesifik bir insan hakları sözleşmesi* düzenlenmesi gerektiği dile getirilmiştir[494]. Böylece günümüzün mevcut şartları dikkate alınarak hazırlanabilecek olağanüstü hallere ilişkin bir sözleşmenin, bu hallerde haklara daha güçlü bir koruma sağlayacağı mülahaza edilmektedir. Nitekim derogasyona konu edilemeyen hakların düzenlendikleri sözleşmelerde farklı içeriklerle listelenmesi, içtihat ve yorum yoluyla bu listelerin genişletilmesi de bu hakları bir bütün halinde incelemeyi zorlaştırmaktadır. Önerilen sözleşmede derogasyona konu edilemeyen haklara bir bütün olarak yer verilmesinin, bu zorluğun aşılmasına ve hakların korunması bakımından daha özel bir dikkat ve özen gösterilmesine neden olacağı değerlendirilmektedir.

Bir hakkın derogasyona konu edilemeyen haklar listesinde yer almaması, onun olağanüstü hallerde derogasyon kapsamında derhal sınırlandırılmasına neden olmamaktadır. Çünkü ölçülülük ilkesi her koşulda ve tüm haklar bakımından uygulanmaya devam etmektedir. Ancak derogasyona başvuran devletlerin, hakların korunmasına ilişkin güçlü denetim mekanizmaları olmadığı takdirde, insan hakları

[491] Hartman, s. 113.
[492] Oraá, s. 95.
[493] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 55.
[494] Uluslararası Hukuk Derneği (ILA) bu konuda efektif çalışmalar yürütmektedir. Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 55.

sözleşmelerinin koruması altında olmayan hakları, bu haklar temel haklar niteliğinde bile olsa, derogasyona tabi tuttuğu görülmektedir[495]. Bu sebeple son yıllarda bazı devletlerin olağanüstü hallerde insan haklarına yönelik ciddi ihlalleri karşısında, çeşitli hakların derogasyona konu edilemeyen haklar listelerine eklenmesi suretiyle listelerin genişletilmesi önerilerine farklı platformlarda sıkça rastlanılmaktadır. Bazen de yorum yoluyla birtakım hakların halihazırda bu listelere dahil edildiği görülmektedir. Örneğin BM İnsan Hakları Komitesi 29 numaralı Genel Yorum'unun 13. paragrafında, MSHS'nin 4. maddesinin 2. fıkrasında derogasyona konu edilemeyen haklar arasında sayılmayan hakların da derogasyona konu edilememesinin mümkün olduğuna dair görüşünü ifade etmekte ve buna ilişkin örnekler sıralamaktadır[496].

Doktrinde derogasyona konu edilemeyen haklar listesini genişletmeye yönelik muhtelif öneriler bulunmaktadır. Örneğin Uluslararası Hukuk Derneği'nin uzun yıllar yaptığı çalışmalar neticesinde, 1984 yılında ortaya çıkan Olağanüstü Hallerde İnsan Hakları Normlarının Minimum Standartları: Paris Raporunda, derogasyona konu edilemeyen haklar bakımından oldukça uzun bir liste önerilmektedir[497]. Toplamda 16 listeden oluşan bu haklar şöyle sıralanmaktadır:

"*Hukuki kişiliğe sahip olma hakkı; kölelik ve kulluk yasağı; ayrımcılık yasağı; yaşam hakkı; özgürlük hakkı; işkence yasağı; adil yargılanma hakkı; düşünce, vicdan ve din özgürlüğü; sözleşmesel yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı hapis cezası verilmesi yasağı; azınlık hakları; aile hakları; isim hakkı; çocuk hakları; uyrukluk hakkı; yönetime katılma hakkı; hukuk yollarının bulunması hakkı*[498]*."*

Olağanüstü hallerde en fazla ihlal edilme olasılığı bulunan haklardan biri olması ve hukukun üstünlüğü ilkesinin esası olması sebebiyle adil yargılanma hakkının da derogasyona konu edilemeyen haklar kategorisine eklenmesi uzun zamandır doktrin ve uygulamada önerilmektedir[499]. BM İnsan Hakları Komitesi de 29 numaralı Genel Yorum'unda MSHS'nin bütününde var olan kanunilik ve hukukun

[495] Oraá, s. 94-95.
[496] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 13, Uyar, s. 111. Çalışmanın ikinci bölümünde MSHS bağlamında derogasyona konu edilemeyen hakları açıklandığı kısımda bu örneklere yer verilmiştir.
[497] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 213.
[498] Lillich, Richard B., "The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency", The American Journal of International Law, Vol. 79, No. 4, 1985, s. 1075-1081.
[499] Gemalmaz, Olağanüstü Rejim, s. 57; Shraga 240.

üstünlüğü ilkeleri nedeniyle, adil yargılanma hakkına olağanüstü durumlarda da saygı gösterilmesini gerekliliğine işaret etmektedir. Komiteye göre adil yargılanma hakkının uluslararası insancıl hukukta açıkça güvence altına alınan yönleri olağanüstü hallerde derogasyona başvurulduğunda da güvence altında olmalıdır. Bu kapsamda yargılama ve cezalandırma yetkisi hukuka uygun şekilde kurulmuş mahkemelere verilmektedir ve suçsuzluk karinesine uyulması gerekmektedir. Bunların yanı sıra derogasyona konu edilemeyen hakların korunması için mahkeme tarafından yapılan yargılamada gecikmeksizin karar verilmeli, yasal tutukluluk süreleri de ihlal edilmemelidir[500]. Buradan hareketle sözleşmelerde derogasyona konu edilmesi mümkün bırakılan adil yargılanma hakkı, uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler göz önüne alındığında derogasyona konu edilemeyen haklardan biri olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler koruması sayesinde genişleyen denetleme yolunun, sözleşmeler ile tasarlananın ötesine geçilmesine neden olabileceği gibi devletlerin yalnızca taraf oldukları sözleşmenin etki alanı ile sınırlı olma iradesine zarar verebileceği de ileri sürülmektedir[501].

AmeİHS m. 27/ f. 2'de derogasyona konu edilemeyen haklar olarak listelenen hakların korunması için gerekli olan yargısal garantiler de söz konusu liste kapsamındadır. Ancak hem AİHS hem de MSHS'de, hakların korunması bakımından efektif bir teminat sayılan usuli ve maddi güvencelerin[502] derogasyona konu edilemeyen haklar listesinde bizzat yer almaması, bunların listeye dahil edilip edilemeyeceğine dair tartışmalara neden olmaktadır[503].

Keyfi tutuklamalara karşı güvenceler ile usuli ve maddi güvencelerin yokluğu, yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi en temel hakların ihlal edilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Gerçekten de yaşam hakkına yönelik en büyük ihlaller arasında bu güvenceler olmaksızın gerçekleştirilen infazlar, hapishanede işkence ve kötü muamele

[500] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 16; Uyar, s. 112-113.
[501] Gümüş Boyacı, s. 189.
[502] "Due process of law" ifadesine çeşitli Türkçe karşılıklar verilmekle birlikte, bu anlamı tercih etme sebebimiz için bkz.: Altıparmak, Kerem, "Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1996, s. 219.
[503] Kafadar, s. 60.

nedeniyle yaşanan ölümler, kolluk kuvvetleri tarafından aşırı güç kullanılması sonucu meydana gelen ölümler bulunmaktadır. Bu sebeple uluslararası izleme organları ve hukuk uzmanları, önemlerine binaen söz konusu güvencelerin derogasyona konu edilemeyen haklardan olarak formüle edilmesini önermektedir[504].

Yine doktrinde AİHS bağlamında derogasyona konu edilemeyen haklar listesini, mutlak korumaya sahip olmaları varsayımından hareketle emredici nitelik taşımaları, temelde insan onuruyla ilişkili olmaları veya olağanüstü hallerde saldırıya açık olmaları sebebiyle soykırım yasağını, ırk ayrımcılığı yasağını ve hakların korunması için gerekli usuli ve maddi güvenceleri ekleyerek genişletmek önerilmektedir[505].

Derogasyona konu edilemeyen hakların, bireylerin olağanüstü hallerdeki özel gereksinimlerine göre belirlenebileceğinden hareketle Uluslararası Kızılhaç Komitesi, tıbbi ve dini personelin korunmasının bu kategoride olacağını ileri sürmektedir[506]. Savaş propagandası, ırksal ve dini nefretin yasaklanması, dini, kültürel ve dilsel azınlıkların korunmasının da derogasyona konu edilemeyen haklar listesine eklenmesi önerilmektedir. Ancak doktrinde MSHS'nin 4. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen ayrımcılık yasağının bunları da kapsadığı düşüncesiyle bu öneri MSHS bakımından kabul görmemektedir[507]. Yine doktrinde *habeas corpus* hakkının ve müdafi ile serbestçe görüşme gibi savunma haklarının da derogasyona konu edilemeyen haklar listesine eklenmesi önerilmektedir[508]. Bir görüşe göre de *habeas corpus* hakkının zaten uluslararası insan hakları hukuku teamülü bakımından derogasyona konu edilemeyen haklar kategorisinde olduğu yaygın olarak ileri sürülmektedir[509]. Her ne kadar AmeİHS'te derogasyona konu edilemeyen haklar arasında düzenlenmemiş olsa da *habeas corpus* hakkı, AAİHM'in görüşü doğrultusunda m. 27/f. 2'de koruma altına alınan derogasyona konu edilemeyen hakların korunması için zorunlu olan yargısal güvenceler kapsamında olması nedeniyle derogasyona konu edilememektedir.

[504] Oraá, s. 96.
[505] Shraga, s. 235.
[506] Teraya, s. 922-923.
[507] Hartman, s. 113.
[508] Öktem, s. 391.
[509] Zand, s. 190.

Derogasyona konu edilemeyen haklar konusunda önem arz eden hususlardan biri de Anayasa'da ve taraf olduğumuz uluslararası insan hakları sözleşmelerinin derogasyon hükümlerinde işaret edilen uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler kapsamındaki insancıl hukuk hükümleridir[510]. Bu hususa hem doktrinde hem de BM İnsan Hakları Komitesi'nin Genel Yorumlarında işaret edilmektedir[511]. BM İnsan Hakları Komitesi'nin "Olağanüstü Hallerde Derogasyonlar" başlıklı 29 numaralı Genel Yorum'unda, MSHS m. 4 uyarınca ulusal ve uluslararası nitelikteki silahlı çatışmaların ulusun varlığını tehdit ettiği ölçüde derogasyona başvurulabileceği ve bu hallerde uluslararası insancıl hukuk kurallarının uygulanacağı ifade edilmektedir[512]. Bu koşullar altında insan hakları derogasyonları, insancıl hukuka da uygun olmak zorundadır. İnsancıl hukukun getirdiği hak ve yükümlülükler işgal durumunda da geçerliliğini korumaktadır. İnsan hakları hukukunda derogasyona konu olabilen bazı haklar insancıl hukukta derogasyona konu edilemez ve hatta işgal hukuku hükümlerinin tamamı derogasyona konu edilemeyen haklar kapsamındadır. Bu bakımdan insancıl hukuk, silahlı çatışma hallerinde insan haklarından daha kapsamlı bir koruma sağladığından[513] işgal hukuku hükümlerinin de derogasyona konu edilemeyen haklar kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Ancak bu konu, egemen bir devletin kendi sınırları içinde gerçekleştirdiği derogasyon bağlamında, insan hakları hukuku perspektifinden ele alınan bu çalışmanın kapsam ve sınırını aşacak niteliktedir. Bu sebeple burada sadece işgal hukuku hükümlerinin derogasyona konu edilemediğine değinmekle yetinilmektedir[514].

[510] İnsancıl hukuk, silahlı çatışma ve sıcak savaş kaynaklı insani sorunları düzenleyen, bu çatışmaların tarafı olmadığı halde zarar gören/ görebilecek masum sivillerin korunmasını sağlayan sözleşme ya da teamüllerden kaynaklanan hukuk kurallarıdır. Çeçen, Anıl, İnsan Hakları, 5. bs., Ankara 2020, s. 313.
[511] Gümüş Boyacı, s. 188; Şentop, s. 137, 142.
[512] BM İHK 29 numaralı Genel Yorum, para. 3, 9, 11; Uyar, s. 104, 108, 110.
[513] Şentop, s. 135.
[514] İşgal bağlamında derogasyon meselesinin BM İnsan Hakları Sözleşmeleri perspektifinden incelenmesi için bkz.: Şentop, s. 135-150.

SONUÇ

Devletler bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek ve toplumu tehdit eden tehlikeleri ortadan kaldırmak için bazı hallerde olağanüstü tedbirlere başvurma gereği duyabilmektedir. Bu nedenle bazı anayasalarda ve insan hakları sözleşmelerinde derogasyon hükümlerine yer verilmektedir. Bu hükümler, devletlere belli koşullar altında hak ve özgürlükleri hukuk düzeninin sınırları içinde kalarak sınırlandırma olanağı sunmaktadır. Ancak kamu otoritelerinin olağanüstü hallerde artan yetkilerini kötüye kullanması nedeniyle yaşanan hak ihlallerini önlemek maksadıyla bu yetkilere sınırlar getirilmektedir. Bu sınırlardan biri de derogasyona konu edilemeyen haklara olağanüstü haller gerekçe gösterilerek sınırlandırma getirilememesidir.

Derogasyona konu edilemeyen hakları, Anayasa'da ve insan hakları sözleşmelerinde düzenlendikleri derogasyon hükümleri bağlamında ele alan bu çalışmada, teorik arka planın anlaşılması için öncelikle hak ve özgürlüklere ilişkin kavramsal çerçeve çizilmiştir. Ardından derogasyona konu edilemeyen haklarla ilgili olarak yer verilen hakların bütünselliği ve hiyerarşi tartışmalarının daha iyi anlaşılması için hak ve özgürlüklerin sınıflandırılması meselesi irdelenmiştir. Bu noktada hakların sınıflandırılmasında, hakların sınırlandırılabilmelerine göre yapılan ayrımların da derogasyona konu edilemeyen hakların anlaşılmasına ışık tutacağı düşünülmüştür.

Derogasyona konu edilemeyen hakların olağanüstü haller gerekçe gösterilerek sınırlandırılamaması nedeniyle hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması meselesi ele alınmıştır. Bu bağlamda Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları sözleşmelerinden derogasyon hükümleri ihtiva eden AİHS ve MSHS'deki düzenlemeler bağlamında yapılan incelemede, sözleşmelerin orijinal metninde yer alan "derogation" kelimesine ilişkin kavram karmaşası irdelenmiştir. Nitekim bu kavramın "yükümlülüklerin azaltılması", "yükümlülüklerin askıya alınması", "yükümlülüklere aykırı tedbirler alma", "yükümlülüklerden sapma", "hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması" gibi çeşitli şekillerde kullanıldığı tespit edilmiştir. Ancak bu çevirilerin "derogation" kavramının anlamını tam olarak ifade etmediği gibi yanlış değerlendirme ve uygulamalara da sebebiyet verdiği anlaşılmıştır.

Bu sebeple literatürde kelimenin Fransızca telaffuzu esas alınarak *derogasyon* şeklinde kullanılmasının daha uygun olacağı kanaatine varılmış, çalışma kapsamında da bu şekilde kullanılmıştır. Böylece derogasyon kelimesine verilen farklı anlamların sebep olduğu sorunlar ortaya konduktan sonra kelimenin benzer kavramlardan farkı izah edilmiştir.

Derogasyon kavramına verilen farklı anlamların neden olduğu karmaşalardan biri de AİHS'in 15. maddesindeki derogasyon düzenlemesinden iktibas edilen Anayasa'nın 15. maddesinde, olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen "durdurulabileceğinin" ve bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere "aykırı tedbirler alınabileceğinin" hükme bağlanmasıdır. Madde başlığında ve metninde yer alan "durdurma" kavramının olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin tamamen ortadan kaldırılacağına dair yanlış anlamalara sebebiyet verebileceği düşünülmüştür. Bunun haricinde söz konusu kavram karmaşasının hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için 13. maddenin, durdurulması için 15. maddenin esas alınması gibi yanlış değerlendirmelere neden olduğu görülmüştür. Buradan hareketle "sınırlandırma" kavramının hem olağan hem de olağanüstü dönemlerde yapılan müdahaleleri ifade etmek için yeterli ve kapsayıcı bir kavram olduğu kanaatine varılmıştır. Durdurma kavramının neden olabileceği yanlış izlenimleri de önlemek adına, çalışma kapsamında her iki durum için de temel ve hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kavramının kullanması tercih edilmiştir. Olağanüstü dönemlerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, olağan dönemlerden farklı olarak, derogasyona başvurulduğundan derogasyon kavramının doğrudan kullanılması uygun olduğu kanaatine varılmıştır.

Anayasa'nın 15. maddesinde bir kuralın belirli bir durumda uygulanmamasını, devre dışı bırakılmasını sağlayan derogasyon hükmüne yer verilmiştir. Böylece olağanüstü hallerde derogasyona başvurulduğunda olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. madde hükmü devre dışı bırakılacak, sınırlandırmalar 15. maddedeki ilkeler çerçevesinde yapılabilecektir. Nitekim Anayasa'nın "Olağanüstü hal yönetimi" başlıklı 119. maddesinde de olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin 15. maddedeki ilkeler doğrultusunda

sınırlandırılabileceği hüküm altına alınmıştır. Fakat buna rağmen Anayasa Mahkemesinin, Türkiye'de 2016 yılında ilan edilen ve 2 yıl süreyle devam eden olağanüstü hal yönetiminde gerçekleştiği iddia edilen hak ihlallerine ilişkin başvurularda ikili bir inceleme yöntemi benimsediği görülmüştür. Bu yöntemde Mahkeme, olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlerle hakların ihlal edildiğine ilişkin iddiaların incelenmesinin 15. madde kapsamında yapılacağına karar vermiştir. Buna rağmen haklara getirilen sınırlamaların 13. maddede yer alan güvencelere aykırı olup olmadığının tespiti, aykırılık bulunması halinde 15. maddede düzenlenen ölçütlerin bu aykırılığı meşrulaştırıp meşrulaştırmayacağının değerlendirilmesi yoluna gidilmiştir. Ancak söz konusu kararlarda yer alan, bizim de katıldığımız farklı gerekçelerde bu ikili inceleme yönteminin mahzurları nedeniyle artık uygulanmaması gerektiği ifade edilmiştir. Zira bu yöntem derogasyon hükmünün mahiyetine aykırıdır. Dolayısıyla mezkur konu ve koşulardaki başvurularda inceleme yalnızca 15. maddeye göre yapılmalıdır.

15. maddede düzenlenen derogasyon hükmü, 13. maddede yer alan güvenceleri devre dışı bırakmasına rağmen, doktrinde bu güvencelerin en azından bir kısmının olağanüstü hallerde de korunması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu dönemlerde yaşanan yoğun hak ihlalleri nedeniyle hak ve özgürlüklere daha fazla güvence sağlamak istenmesi anlaşılabilir bir durumdur. Fakat bu görüşlere de derogasyon hükümlerinin mahiyetiyle bağdaşmaması nedeniyle katılmak mümkün değildir. Kanaatimizce derogasyon hükümlerinde yer alan "durumun kesinlikle gerektirdiği ölçü"ye riayet edildiği takdirde hak ihlallerinin büyük oranda önlenmesi mümkün hale gelecektir. Ölçülülük ilkesi hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına getirilen sınırlardan biri olduğundan çalışmanın ilgili yerlerinde detaylı olarak incelenmiş ve haklar için güçlü bir koruma sağladığı değerlendirilmiştir.

Çalışma kapsamında geçerli bir derogasyondan söz edebilmek için ölçülülük ilkesi ile birlikte savaş veya ulusun varlığına yönelik tehdit oluşturan genel bir tehlike, uluslararası hukuktan doğan yükümlüklere uygunluk gibi başkaca maddi koşullar da detaylı olarak incelenmiştir. Olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların sınırı olarak derogasyona konu edilemeyen haklar ise özel olarak ele

alınmıştır. Bunlarla birlikte olağanüstü halin ilanı, derogasyon bildirimi gibi usuli gerekliliklerin de denetime tabi olduğu görülmüştür. Böylece olağanüstü hallerde hak ve özgürlükler için sağlanan korumanın teorik ve ilkesel boyutuyla yeterli olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak çeşitli düzenlemelerde yer alan güvencelere rağmen olağanüstü hallerde hak ihlallerinin yoğun olarak yaşandığı vakıadır. Bu ihlallerin önlenmesi için sözleşmelerin yukarıda bahsedilen denetim mekanizmalarının işletilmesi önem taşımaktadır.

Derogasyona konu edilemeyen haklar hem anayasalarda hem de insan hakları sözleşmelerinde derogasyon hükümleri bağlamında sayılarak düzenlenmiştir. Fakat hem sözleşme organlarının içtihat ve görüşlerinde hem doktrinde yorum yoluyla bazı hakların da bu haklar kapsamında değerlendirilmesi suretiyle daha güçlü bir korumadan yararlandırılması sağlanmak istenmiştir. Bu mesele çalışma kapsamında derogasyona konu edilemeyen hakların Anayasa ve sözleşmelerde yer alan düzenlemeleri bağlamında ve derogasyona konu edilemeyen haklar listelerinin genişlemesi başlıkları altında incelenmiştir. Listelerin yorum yoluyla genişletilmesi konusundaki öneriler, olağanüstü hallerde ihlal edilen hakların korunması bakımından özel bir önem taşıması ve bu minvalde yapılacak düzenlemeler bakımından ufuk açıcı olması bakımından oldukça değerlidir. Ancak olağanüstü hallerde hakların korunabilmesi için sadece derogasyona konu edilemeyen haklardan olarak düzenlenmesinin yeterli olmadığı değerlendirilmektedir.

Derogasyona konu edilemeyen haklara sağlanan korumanın çeşitli yönleriyle incelendiği bu çalışma neticesinde, derogasyona konu edilemeyen haklar dışında kalan hakların olağanüstü halin ilan edilmesiyle doğrudan sınırlandırmaya tabi olamayacağı görülmüştür. Olağanüstü tedbirlerle hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar, olağanüstü durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüye uygun olmalıdır. Bu minvalde söz konusu sınırlandırmalar olağanüstü halin ilan edilmesine neden olan durumu ortadan kaldırmak suretiyle bozulan kamu düzeninin yeniden sağlamak amacına ulaşmak için gerekli ve elverişli olmalı, başvurulan olağanüstü tedbirlerle söz konusu amaç arasında bir orantı bulunmalıdır. Her koşulda bu haklara getirilecek sınırlandırmalar uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere uygunluk şartını sağlamalıdır.

Görüleceği üzere ilgili düzenlemelerde bu haklar için sağlanan koruma azımsanacak nitelikte değildir. Bu sebeple sırf derogasyona konu edilemeyen haklar listelerinde yer almamaları nedeniyle hakların güvencesiz kaldığını söylemek mümkün değildir. Yani olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak için bu hakların mutlaka derogasyona konu edilemeyen haklar kapsamında düzenlenmesi gerekmemektedir.

Bir hakkın derogasyona konu edilememesi de o hakka hiçbir sınırlandırma getirilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu hakların anayasalarda ve sözleşmelerde düzenlendikleri maddelerde olağan dönem için sınırlandırılmasını öngören hükümler olağanüstü hallerde de geçerliliğini korumaktadır. Örneğin din, vicdan ve düşünce özgürlüğünün düzenlendiği 18. madde, MSHS'nin 4. maddesinde derogasyona konu edilemeyen haklardan olarak düzenlenmektedir. Fakat 18. maddenin 3. fıkrasında din ve inanç özgürlüğünün kamunun güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarını temel hak ve özgürlüklerini korumak maksadıyla ve kanunla sınırlanabileceği düzenlenmektedir.

Derogasyona konu edilemeyen hakların kendi sınırları haricinde, bu hakların derogasyona konu edilemeyen haklardan olarak düzenlenmesinin uygulamada onların ihlal edilmesini önlediğini söylemek de ne yazık ki mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi ve sözleşmelerin denetim organlarının, derogasyona konu edilemeyen hakların ihlal edildiğine dair kararları mevcuttur. Bunun yanı sıra İnsan Hakları Komitesi'nin de birçok kez bu hakların taraf devletlerin hukuk sistemindeki yetersizlikler nedeniyle derogasyona uğradığı veya bu riski taşıdığına ilişkin kaygılarını dile getirdiği görülmüştür.

Çalışma kapsamında karşılaşılan en önemli zorluklardan biri de derogasyona konu edilemeyen haklara normatif düzenlemelerde yer alan hakların yanı sıra içtihat, görüş ve yorumlarla yenilerinin eklenmesi nedeniyle ortaya çıkan dağınık haldeki haklar kataloğunun düzenli bir şekilde aktarılmasıdır. Bununla birlikte bu çalışmanın amacı, konuyu teorik ve pratik yönleriyle sunmak suretiyle söz konusu zorluğun aşılmasına ve dolayısıyla doktrine katkıda bulunmaktır. Bu minvalde insan hakları

hukukunun ve konumuzun sınırları dahilinde inceleme yapılmaktadır. Fakat karşılaşılan zorluğun uygulamada da zorluklara neden olacağı mülahaza edilmektedir. Bu zorluk karşısında, olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin yoğun bir şekilde ihlal edilmesi nedeniyle özel olarak korunması gereğinden yola çıkarak olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin spesifik bir insan hakları sözleşmesi düzenlenmesinin yararlı olacağı düşünülmektedir. Böylece dağınık halde bulunan içtihat, görüş, yorum ve öneriler bir bütün halinde masaya yatırılarak sonuca varılabilecektir. Böylece derogasyona başvuran devletlerin hak ve özgürlüklerin korunması bakımından daha özel bir dikkat ve özen göstermesi sağlanabilecektir. Hakların korunmasının uygulamadaki aksaklıklar nedeniyle zorlaştığı da dikkate alındığında, bu sözleşmede olağanüstü halin özel koşullarına göre oluşturulacak yaptırım ve denetim mekanizmalarıyla hak ve özgürlüklerin daha güçlü bir şekilde korunmasının sağlanacağı mülahaza edilmektedir.

Çalışma kapsamında incelenen mevcut insan hakları sözleşmelerinin hazırlık çalışmalarındaki tartışmalarla varılan ortak kanaatten yola çıkarak, önerilen sözleşmede bir derogasyon hükmü bulunmasının ve bu hükmün derogasyona konu edilemeyen hakları ihtiva etmesinin, daha güçlü bir uzlaşıyı sağlamak bakımından yararlı olacağı değerlendirilmektedir. Nitekim mevcut sözleşmelerin hazırlık çalışmalarında önerilen bazı taslaklarda derogasyona konu edilemeyen haklarla ilgili düzenleme bulunmaması eleştirilmiş, sözleşmeler kapsamında mutlaka bu haklara yer verilmesi konusunda yaygın bir kanaat oluşmuştur. Bu minvalde derogasyona konu edilemeyen haklar yerine derogasyona konu edilebilen hakların düzenlenmesi önerileri de eleştiriye tabi tutulmuş ve en nihayetinde kabul görmemiştir.

Derogasyona konu edilemeyen hakların belirlenmesine yönelik ilkelerin detaylı olarak incelenmesiyle ulaştığımız sonuçlar ışığında, derogasyon hükümleri ihtiva eden mevcut sözleşmelerde olduğu gibi içeriğinden ve hazırlık çalışmalarından anlaşılamayan belirsiz kriterler kullanılması yerine, düzenlenmesini önerdiğimiz sözleşmede, derogasyona konu edilemeyen hakların belli ilkeler çerçevesinde belirlenmesi önerilmektedir. Bu minvalde derogasyona konu edilemeyen hakların seçiminde insan onuru ve birinci derecede temel haklardan oluşan çekirdek alan gibi

haklar arasında önem ve değer bakımından hiyerarşi tartışmalarını gündeme getirecek kriterler yahut derogasyon ile ilgili olmama gibi zaten ölçülülük ilkesi ile sağlanabilecek kriterler yerine, olağanüstü hallerde saldırıya açık olma gibi bir kriter kullanılabileceği düşünülmektedir. Bu minvalde yargı kararlarından yola çıkarak olağanüstü hallerde hangi hakların daha çok ihlal edildiği belirlenmek suretiyle bu hakların ve bunların korunmasına ilişkin yargısal güvencelerin derogasyona konu edilemeyen haklar kapsamında düzenlenmesi suretiyle ihlal edilmesinin önlenmesine ilişkin özel koşullara yer verilebilir.

KAYNAKÇA

Acer, Yücel / Kaya, İbrahim, Uluslararası Hukuk, 5. bs., Ankara 2010.

Adıgüzel, Rıza. "Hukuk Devleti Bağlamında Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejiminin Sınırları", Ankara Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı 3, 2023, s. 1-47.

Ahmed, Dawood /Bulmer, Elliot, Limitation Clauses, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Second Edition, Stockholm, 2017.

Akad, Mehmet / Vural Dinçkol, Bihterin / Bulut, Nihat, Genel Kamu Hukuku, 12. bs., İstanbul 2016.

Akıllıoğlu, Tekin, İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, 3. bs., Ankara 2019.

Aksar, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, 5. bs., Ankara 2019.

Aksoy, Ercümen, Merve, "Savaşın Değişen Doğası ve Cenevre Sözleşmeleri", 22.08.2016 https://www.insamer.com/tr/?output=pdf&type=post&id=4505.

Algan, Bülent, "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006.

Aliefendioğlu, Yılmaz, "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, 1992, s. 25-46.

Alkan, Yavuz Selim, "İnsan Haklarının Evrenselliği ve Kültürel Göreliliği Tartışmasında Öz/Çekirdek-Çevre Haklar Kavramsallaştırması: Siyasal Düşünceler Çerçevesinden Eleştirel Bir İnceleme", Liberal Düşünce Dergisi, Sayı 109, 2023, s. 27- 51, DergiPark.

Altıparmak, Kerem, “Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 45, Sayı 1-4, 1996, s. 219-250, DergiPark.

Anayurt, Ömer, “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınırlandırmaların Değerlendirilmesi”, Oya Çiftçi (Yayına hazırlayan), Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, 7-9 Aralık 1998, s. 47-57.

Aral, Berdal, Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kolektif Haklar, Ankara 2010.

Arslan, Zühtü; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 19, 2002, s. 139-155.

Atakan, Arda, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. Maddesine İlişkin Rehber, Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma, 2019.

Aybay, Rona, İnsan Hakları Hukuku, 3. bs., İstanbul 2017.

Başkaracaoğlu, Elif, “Uluslararası Hukukta “Jus Cogens” (Emredici Kurallar)”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

Bayra, Ersin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 2023, s. 63-113.

Bayra, A. Ersin, “Dr. Jekyll’dan Mr. Hyde’a Modern Devlet’in İki Yüzü: Liberal Hukuk Devleti’nden Anayasal Diktatörlük’e”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 7-53.

Bayra, A. Ersin, Güvenlik Devleti, İstanbul 2019.

Behçet, Muhammed, “Olağanüstü Hal Uygulaması ve Teorik Temelleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014.

Berber, Emre, İnsan Haklarının Yükü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Bilgen, Pertev, “Sert Çekirdekli Temel Haklar”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 8, 1994, s. 1-4.

Bilir, Faruk / Yanık, Murat, Sorularla Anayasa Hukuku, 2. bs., İstanbul 2013.

Birden, Emre, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Yükümlülüklere Aykırı Tedbirler Alabilme Yetkisinin Sınırı Olarak Keyfilik Yasağı”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 5, Sayı 10, 2016, s. 409-474.

Boyar, Oya, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (ed. Sibel İnceoğlu), 3. bs., İstanbul 2013.

Bozkurt, Enver, Hukukun Temel Kavramları, 2. bs., Ankara 2022.

Böcükcü, Aykut, “İnsan Hakları ve Türk Kamu Yönetiminde İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2019.

Bulut, Nihat, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 3–4, 2008, s. 1-12.

Bulut, Nihat, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, AÜEHFD, Cilt 4, Sayı 1-2, 2000, s. 29-42.

Büyüktavşan, Muhammed Taha, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. Maddesi Uyarınca Taraf Devletlerin Sözleşme’den Kaynaklanan Yükümlülüklerinin Azaltılması (Derogasyon)” Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2023.

Cengiz, Serkan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası, Ankara 2023.

Civelek, Jale, “1789 Fransız Bildirisi ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi”. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 9, Sayı 1, 2011, s. 1-9. DergiPark.

Çamurcuoğlu, Gülden, “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 2, 2019, s. 713-770, DergiPark.

Çeçen, Anıl, İnsan Hakları, 5. bs., Ankara 2020, Turcademy.

Çelik, Cemil, “Olağanüstü Hallerde Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması”, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.

Çelik, Elif, “İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2019, s. 282 – 310.

Değirmenci, Mehmet, "Türkiye'de Temel Hak ve Hürriyetlerin Durdurulmasının Anayasal Çerçevesi", Erzurum Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 10, 2020, s. 45-72

Denk, Erdem, "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 2, 2001.

Dikmen Caniklioğlu, Meltem, "Anlamı Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mahmut Tevfik Birsel Armağanı, 2001, s. 461-494.

Doğan, İlyas, "İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları", (Ed. Doğan, İlyas), İnsan Hakları Hukuku içinde, 3. bs., Ankara 2019, s. 47-86.

Döner, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara 2003.

Dutertre, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Almanya 2003.

Erdoğan, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 5. bs., Ankara 2016.

Erdoğan, Mustafa, Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi, İstanbul 2013.

Esen, Selin, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, Bursa 2008.

Feyzioğlu, Metin, "Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 44, Sayı 1, 1995, s. 665-688, DergiPark.

Feyzioğlu, Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 48, Sayı 1, 1999, s. 135-163 DergiPark.

Gemalmaz, Mehmet Semih, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İstanbul 2002.

Gemalmaz, Mehmet Semih, Devlet, Birey ve Özgürlük, 2. bs., İstanbul 2012.

Gemalmaz, Mehmet Semih, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt 3, İstanbul 2003.

Gemalmaz, Mehmet Semih, Olağanüstü Rejim Standartları, 2. bs., İstanbul 1994.

Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, Cilt 1, 2. bs., İstanbul 2011.

Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, Cilt 2, 2. bs., İstanbul 2011.

Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. bs., İstanbul 2010.

Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi, İstanbul 1990.

Gezgin, Mehmet Fikret, Hukukun Temel Kavramları, 2. bs., Ankara 2006.

Gökpınar, Mahmut, “Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması”, TBB Dergisi, Sayı 120, 2015, s. 11-72.

Gönenç, Levent, ““Acele” Olağanüstü Hal”, TEPAV, Birikim Dergisi, Darbe ve Rejim, Sayı 330, 2016, s. 32-46.

Gören, Zafer, “Temel Hakların Sınırlanması - Sınırlamanın Sınırları” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 6, Sayı 12, Güz 2007/2, s.39-59.

Gözler, Kemal, “Anayasa Değişikliğinin Temel hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasa’nın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, 2001, s. 53-67

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, 11. bs., Bursa 2014.

Gözler, Kemal, Hukukun Temel Kavramları, 4. bs., Bursa 2007.

Gözler, Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Bursa 2017.

Gözler, Kemal, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejimi”, Ankara Barosu Dergisi, C. 47, S. 1990, s. 561-590.

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 23. bs., Bursa 2019.

Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 20. bs., Bursa 2018.

Gözübüyük, Şeref / Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. bs., Ankara 2016.

Gülmez, Didem Buhari / Soyaltın Colella, Diğdem, “Avrupa Bütünleşmesi Çalışmalarında Derogasyonlar Meselesi”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2019, s. 437-468, ResearchGate.

Gülmez, Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Ankara 2004.

Gümüş Boyacı / Özgem Tuğçe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 15. Madde Kapsamında Derogasyon Rejimi, Ankara 2023.

Günday, Metin, İdare Hukuku, 10. bs., Ankara 2013.

Hafner-Burton, Emilie M., et al. "Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties." International Organization, vol. 65, no. 4, Fall 2011, pp. 673-708. HeinOnline.

Hartman, Joan F., "Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision", Human Rights Quarterly, Volume 7, Number 1, Year 1985, s. 89–131. Jstor Veritabanı.

Hazar, Zeynep, "İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması", Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara 2021.

Işık, Kübra, "Türkiye'de Olağanüstü Hal Dönemlerinde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kasım 2019.

İnaç, Hüsamettin / Yazıcı, Betül, "Kavramsal ve Kuramsal Boyutlarıyla İnsan Hakları Ve İfade Özgürlüğüne Sosyo-Politik Bir Bakış", Akademik Bakış Dergisi, S. 70, 2018, s. 132-147.

İnalkaç Kırbıyık, Ruveyda, "Anayasa Hukuku Kapsamında Ölçülülük İlkesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara 2022.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 9. bs., İstanbul 2014.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1994.

Kafadar, Muhammed Fatih, "Olağanüstü Hallerde Derogasyon: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin Karşılaştırmalı İncelemesi", Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.

Kalabalık, Halil, İnsan Hakları Hukuku, 5. bs., Ankara 2017.

Kalabalık, Halil, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 5. bs., Ankara 2023.

Kapani, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 4. bs., İstanbul 2011.

Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. bs., Ankara 1993.

Karan, Ulaş, "Olağanlaştırılmaması Gereken Olağanüstü Hal: Kriz Zamanlarında İnsan Hakları", İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Aralık 2016.

Karaosmanoğlu, Fatih, İnsan Hakları, 2. bs., Ankara 2012.

Kasaudhan, Sarvesh, "Jurisprudence of Non-Derogable Rights", International Journal of Advanced Research on Law and Governance, Volume 5, Issue 2, 2023, s. 68-79.

Kaya, Semih Batur, "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Olağanüstü Halin Hukuki Rejimi Üzerine Bir İnceleme" TBB Dergisi, Cilt 34, Sayı 158, 2022, s. 1-32.

Kaya, Semih Batur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu, Ankara 2021.

Kaya, Semih Batur, “Bir İnsan Hakları Kategorisi Olarak İnsan Onuru Kavramı ve Türkiye’deki Uygulaması Üzerine Bir Analiz”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2022, s. 335-353.

Kızılyel, Serkan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü, İstanbul 2014.

Kuçuradi, İoanna, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, 4. bs., Ankara 2018.

Lillich, Richard B., International Human Rights Instruments: A Compilation of Treaties, Agreements, and Declarations of Especial Interest to the United States. Buffalo, N.Y., W.S. Hein Co. HeinOnline.

Lillich, Richard B., “The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency”, The American Journal of International Law, Oct., 1985, Vol. 79, No. 4 (Oct., 1985), pp. 1072-1081, JStor.

MacDonald, R. St. J., "Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights", Columbia Journal of Transnational Law, vol. 36, no. Issues 1&2, 1998, pp. 225-268. HeinOnline.

Meron, Theodor, "On a Hierarchy of International Human Rights", American Journal of International Law, Volume 80, Number 1, Year 1986, s. 1-23, HeinOnline.

Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, (çev. Fehmi Baldaş), İstanbul 2011.

Narter, Recep / Kaya, Semih Batur, Olağanüstü Hal Rejimi: Alacakaranlıkta Yönetim, Ankara 2020.

Odyakmaz, Zehra / Kaymak, Ümit, Anayasa Hukuku, 23. bs., İstanbul 2019.

Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 20. bs., İstanbul 2014.

Olivier, Clementine, "Revisiting General Comment No. 29 of the United Nations Human Rights Committee: About Fair Trials and Derogations in Times of Public Emergency" Leiden Journal of International Law, vol. 17, no. 2, June 2004, pp. 405-420. HeinOnline.

Oraá, Jaime, Human Rights in States of Emergency in International Law (Oxford Monographs in International Law), Oxford 1992.

Öktem, Akif Emre, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, 2. bs., İstanbul 2011.

Önok, Murat, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Olağanüstü Hal Uygulamaları", KHK'ler Türkiyesinde Savunma Hakkı Paneli, 12 Kasım 2016, Ankara, s. 109-152.

Örücü, Esin, "1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü", Journal of Istanbul University Law Faculty, Cilt 41, Sayı 3-4, 2011, s. 145-61.

Özbilen, Şevki / Yoldaş, Muhammed Asıf, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2019.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 15. bs., Ankara 2014.

Özdek, E. Yasemin, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, Ankara 1993.

Pasqualucci, Jo M., "The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law", The University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 26, No. 2 (Winter, 1994/1995), pp. 297-361, JStor.

Pelc, Krzysztof J. "Seeking Escape: The Use of Escape Clauses in International Trade Agreements." International Studies Quarterly, vol. 53, no. 2, 2009, pp. 349–68. JStor.

Perruchoud, Richard / Redpath – Cross, Jillyanne (Ed.), Uluslararası Göç Örgütü, Göç Terimleri Sözlüğü, No 31, 2. bs.,

Rumpf, Christian, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 10, 1993, s. 25-48.

Sağlam, Fazıl, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 1, 1984, s. 261-271.

Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982.

Samancı, Uğur, "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Denetim Organları ve Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının Denetimi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 1795-1832.

Saral, Melek, "İnsan Hakları Normları ve İnsan Hakları Hiyerarşisi", Ekonomi, Politika & Finans Araştırmaları Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, 2021, s. 464-482, DergiPark.

Shraga, Daphna. "Human Rights in Emergency Situations under the European Convention on Human Rights." Israel Yearbook on Human Rights, Volume 16, 1986, s. 217-242. HeinOnline.

Şahin, Adil, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 59, Sayı 4, 2010, s. 711-766. DergiPark.

Şahin Ceylan, Şule, Hak Kavramı: Toplumdan Bireye Doğru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Şahin Ceylan, Şule, "İnsan Hakları: Hukuk ile Ahlak Arasında", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2019, s. 193-222, DergiPark.

Şahingöz, Aslan, "Avrupa'da İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi", EURO Politika, Sayı 17, 2022, s. 90-98, DergiPark.

Şentop, Seniha Begüm, BM İnsan Hakları Sözleşmeleri Perspektifinden İşgal ve İnsan Hakları, Ankara 2022.

Şentop, Seniha Begüm, "Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Meselesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, 2022, s. 73-111.

Şirin, Tolga, "1982 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak", Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 5, Sayı 10, 2016, s. 475 – 526.

Şirin, Tolga, "İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 9, S. 1, 2021, s. 1-64.

Şirin, Tolga, "OHAL İle İlgili Bazı Tamamlayıcı Bilgiler", BİA Haber Merkezi, 23 Temmuz 2016; https://bianet.org/yazi/ohal-ile-ilgili-bazi-tamamlayici-bilgiler-177097 (26.06.2024)

Şirin, Tolga, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", Anayasa Hukuku Dergisi, C. 2, S. 4, 2013, s. 359-399

Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 13. bs., İstanbul 2013.

Teraya, Koji, “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non- derogable Rights”, European Journal of International Law, 12(5), Year 2001, s. 917-942.

Tessema, Belay Frenesh, “A Critical Analysis of Non-derogable Rights in a State of Emergency under the African System: the Case of Ethiopia and Mozambique”, Faculty of Law Universidade Eduardo Mondlane Maputo, Center for Human Rights Faculty of Law University Of Pretoria, Mozambique, 2005.

Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 21. bs., İstanbul 2017.

Topal, Abdullah, “1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Anayasal Ölçütler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bolu 2009.

Turabi, Selami, Olağanüstü Hal Hukuku ve Bireysel Başvuru, Ankara 2017.

Turhan, Aydın, “İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2013, s. 357-378.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Hazırlayanlar: Yılmazoğlu, Yunus Emre/ Perdecioğlu, İsmail Emrah, 2. bs., 2019.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, Konularına Göre Karşılaştırmalı Dünya Anayasaları, Ankara 2022.

Uyar, Lema, Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları, İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, İstanbul 2006.

Uygun, Oktay, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul 1992.

Uygun, Oktay, Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar (Yayına hazırlayan Kuçuradi, İoanna), İstanbul 2011.

Uygun, Oktay, Kamu Hukuku İncelemeleri, 2. bs., İstanbul 2013.

Uzun, Elif, "Uluslararası Hukuk Komisyonunun 'Silahlı Çatışmaların Andlaşmalara Etkisi Hakkındaki Taslak Maddeler'i Üzerine Betimsel Bir İnceleme", Ankara Barosu Dergisi, Cilt 75, Sayı 3, 2017, s. 129-159. DergiPark

Üskül Engin, Zeynep Özlem, "Birey Kavramının Gelişimi ve İnsan Hakları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 72, Sayı 1, 2014, s. 201-218, DergiPark.

Yeşil, Candost, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Hakların Askıya Alınması ve Olağanüstü Hal", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2022.

Yokuş, Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikayetine Etkisi, Ankara 2017.

Yourow, Howard Charles, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence, International Studies in Human Rights, Vol 28, Year 1996, Brill, Nijhoff, eBook Veritabanı: eBook Collection (EBSCOhost).

Zand, Joseph, "Article 15 of The European Convention on Human Rights and The Notion of State of Emergency", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Volume 5, Number 1, Year 2014, s. 159-224.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.anayasa.gen.tr

https://www.anayasa.gov.tr/tr/anasayfa/

https://digitallibrary.un.org/?ln=en

https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}

https://inhak.adalet.gov.tr/

https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/

https://sozluk.gov.tr/

https://www.mevzuat.gov.tr/

https://www.resmigazete.gov.tr/

https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/

MAHKEME KARARLARI

AYM, E.2013/57, K.2013/162 sayılı 26.12.2013 tarihli karar

AYM, E. 2016/166, K. 2016/159 sayılı 12.10.2016 tarihli karar

AYM, E. 2016/167, K. 2016/160 sayılı 12.10.2016 tarihli karar

AYM, E. 1990/25, K. 1991/1 sayılı 10.01.1991 tarihli karar

AYM, E. 2003/28, K. 2003/42 sayılı 22.05.2003 tarihli karar

AYM, Adnan Vural ve diğerleri B.N.: 2017/36237, K.T.: 10.3.2022 https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/36237 (24.06.2024)

AYM, Aydın Yavuz ve diğerleri, B.N.: 2016/22169, K.T.: 20.6.2017 https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/22169 (24.06.2024)

AYM, Ayla Demir İşat, B.N: 2018/24245, K.T.: 08.10.2020 https://www.anayasa.gov.tr/media/7027/2018-24245.pdf (15.05.2024)

AYM, İlknur Özcan, B.N.: 2019/7314, K.T. 16.11.2022 https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/7314 (24.06.2024)

AİHM, A. ve diğerleri / Birleşik Krallık, B.N.: 3455/05, K.T.: 19/02/2009 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-91403 (24.06.2024)

AİHM, Ahmet Özkan ve diğerleri / Türkiye, B.N.: 21689/93, K.T.: 06.04.2004 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-61696 (28.06.2024)

AİHM, Aksoy / Türkiye, B.N. 21987/93, K.T.: 18.12.1996 https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58003 (23.06.2024)

AİHM, Avşar / Türkiye, B.N.: 25657/94, K.T.: 10.07.2001 https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59562 (28.06.2024)

AİHM, Brannigan ve McBride/ Birleşik Krallık, B.N. 14553/89-14554/89, K.T.: 26.05.1993 https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57819 (23.06.2024)

AİHM, Çelikateş ve diğerleri / Türkiye, B.N.: 45824/99, K.T.: 07.11.2000 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-5523 (27.06.2024)

AİHM, Elçi ve diğerleri / Türkiye, B.N.: 23145/93, 25091/94, K.T.: 13/11/2003 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-61442 (24.06.2024)

. .

AİHM, Gaughran / Birleşik Krallık, B.N.: 45245/15, K.T.: 13.02.2020 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-200817 (20.06.2024)

AİHM, Handyside / Birleşik Krallık, B.N.: 5493/72, K.T.: 07.12.1976 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57499 (19.06.2024)

AİHM, İrlanda / Birleşik Krallık, B.N.: 5310/71, K.T.: 18.01.1978 https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506 (20.05.2024)

AİHM, P.N. / Almanya, B.N.: 74440/17, K.T.: 11.06.2020 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-202758 (20.06.2024)

AİHM, Scoppola / İtalya, B.N.: 10249/03, K.T.: 17.09.2009 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-94135 (27.06.2024)

AİHM, Soering / Birleşik Krallık, B.N.: 14038/88, K.T.: 07.07. 1989 https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57619 (29.05.2024)