

PAPER DETAILS

TITLE: BİRLESMİS MİLLETLER ANTI TERÖR YAPTIRIMLARININ TEMEL HAK VE
ÖZGÜRLÜKLERE AYKIRILIĞI VE BİREYLERİN KORUNMASI: ULUSLARARASI HUKUK ve
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

AUTHORS: Yildiray SAK

PAGES: 165-210

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99313>

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTI TERÖR YAPTIRIMLARININ
TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE AYKIRILIĞI VE BİREYLERİN
KORUNMASI:
ULUSLARARASI HUKUK ve AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

Yrd. Doç. Dr. Yıldırar SAK*

Giriş

Hukuk kuralları arasında sistematik olarak yapılan en önemli ayrımlardan biri, bireylerin birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleyen kurallarla bireylerin kendileri tarafından kurularak örgütlenmiş ve ayrı bir hukuki kişilik tanınmış olan siyasal güç (devlet) ile bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar ayrımıdır. Ayrımın ikinci kısmını diğerinden ayıran en önemli özellik, bu tür kuralların uygulanacağı olay ve işlemlerin taraflarından birinin (devletin) eylem ve işlemlerinin, hukuk düzleminde, tek tek bireylerin davranışını belirleyen değişkenlerin dışında bir değişken ile yer almasıdır: Siyasal düşünce, siyasal kavrayış ya da siyaseten pozisyon alma. Bu fark ile birlikte, bir de devletin kamu hukuku alanında, hem kural koyucu ve hem de kuralın uygulanacağı ihtilafın tarafı olduğu göz önünde tutulduğunda, siyasallık, birey ile devlet arasındaki ilişkinin hukuki, adalete uygun bir şekilde sonuçlanması bir yana, siyaseten uygun olanın tercih edilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Bu itibarla, bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarının yetki, meşruiyet veya geçerlilik açısından karşılaşmadığı türden sorunlar, birey devlet ilişkisini düzenleyen kurallar açısından söz konusu olabilmektedir. Devletler bireyler ile ilişkilerinde, devletin menfaati (*raison d'Etat*), kamu yararı (*public interest*) gibi, bireylerin karşılıklı ilişkilerinde karşılığı net olmayan ya da farklı anlamlar yükleyebilecekleri nosyonlar ile hare-

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.

ket edebilmekte, sonuç olarak devletin eylem ve işlemleri ile bu eylem ve işlemlerin tâbi olduğu kuralların meşruluğu veya geçerliliği tartışma konusu olabilmektedir.

19. ve 20. yüzyılın çağdaş anayasal devletlerinde bu soruna, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleri ve içerik bakımından bu ilkelere en önemli kısmını oluşturan temel haklar ve özgürlüklerin koruma altına alınmasının, anayasal metinlerde kurallaştırılması yoluyla çözüm bulunmuştur. Bununla da yetinilmemiş, ulusal hukuk düzeyinde birey ile devlet arasındaki ilişkilerin kurallaştırılarak düzenlenmesinin meşruluğunun temeli olabilecek bu çözüm, ulusal hukuk düzenlerini tamamlayacak şekilde, bölgesel, uluslararası ve/veya uluslarüstü örgütler ve onların hukuk düzenlerinde de yankılanarak, uluslararası hukukun anayasallaştırılması yolu ile uluslararası kurumlar temel hak ve özgürlükleri gözetmek ve korumak imkânına sahip olmuştur. Bireyin siyasal otorite karşısında uluslararası hukuk düzenince de korunması, hukuk devletinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanmasına katkıda bulunmuş, bireyin hak ve özgürlükleri daha sağlam bir şekilde garanti altına alınmıştır.

Ne varki, 21. yüzyıl başlarken, söz konusu uluslararası örgütlerden en önemlisi olan ve temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından önemli mesafeler kat edilmesini sağlayan kurum niteliğindeki Birleşmiş Milletler'in (BM) bireylere karşı aldığı bazı kararlar ve önlemler, birey ile devlet ve uluslararası örgütleri, temel hak ve özgürlüklerin korunması anlamında karşı karşıya getirmiştir.¹ BM Güvenlik Konseyi'nin, gerek BM üyesi devletlere yönelttiği kararları ile dolaylı olarak ve gerekse doğrudan doğruya bireyleri etkileyen tasarruflarının, temel hak ve özgürlükler karşısında geçerliliği ve bu tasarrufların yargısal denetimi son yılların en tartışmalı konusu olmaya başlamıştır. Bu anlamda ilk örneklerden biri olan BM Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barışı koruma kapsamında eski Yugoslavya devletine karşı aldığı önlemlere ilişkin 820 (1993) sayılı kararı, Güvenlik Konseyi'nin bir devlete yönelik yaptırımlarının ticari sözleşmeleri et-

¹ Joy K. FAUSEY, Comment, "Does the United Nations' Use of Collective Sanctions to Protect Human Rights Violate Its Own Human Rights Standards?", Conn. J. Int'l L., Cilt 10, 1994, s. 193; uygulanan yaptırımların amacından saparak temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiğine ilişkin kapsamlı bir çalışma için ayrıca, bkz., 26th International Conference of the Red Cross & Red Crescent, The Humanitarian Consequences of Economic Sanctions (Sept. 15, 1995), <http://www.icrc.org>.

kileyebileceğini, mülkiyet hakkı ve sehayat özgürlüğü başta olmak üzere bireylerin hak ve özgürlüklerini sınırlandırabileceğini göstermiştir.² Güvenlik Konseyi'nin doğrudan doğruya bireyleri hedef alan ve görelî olarak daha yeni tarihli ekonomik tedbirleri içeren kararları ise, terörizme karşı uluslararası barışı ve düzeni korumak amacı ile, başlarda Afganistan'daki Taliban hükümeti ile işbirliği içinde olan kişileri muhatap almış, Taliban hükümetinin yönetimden düşmesinden sonra ise, Afganistan hükümeti ile ilişkisi olsun ya da olmasın El Kaide terör örgütü, lideri ya da üyeleri ile her hangi bir şekilde işbirliği içerisinde olan kişi ve kuruluşlara yöneltilmiştir.³

BM Güvenlik Konseyi'nin bu nevi tasarrufları, bireyin hukuki durumu ile ilgili iki önemli soruna yol açmıştır. Bunlardan ilki Güvenlik Konseyi'nin bireyleri etkileyen kararlarının, ulusal ve uluslararası hukuk tarafından garanti altına alınan temel hak ve özgürlüklere aykırılığı sorunu; ikincisi ise, temel hak ve özgürlüklere aykırılığı söz konusu olan kararların hukuki denetimi, bir başka deyişle yargısal denetimi sorunudur. Kararların uluslararası niteliği ile birlikte doğrudan kişileri hedef alır nitelikte olmaları, hedef kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesi için uluslararası alanda birden fazla sayıda başvuru yolu ortaya çıkmasına neden olmuş ve böylece bu iki sorun iki ayrı hukuk düzeninde gündeme gelmiştir. Gerek doğrudan doğruya bireylere yöneltilmiş yaptırımlar olsun ve gerekse de devletleri muhatap alan yaptırımlar sonucunda bireyleri etkilemiş olsun, yaptırımları düzenleyen kararlar BM Güvenlik Konseyi kararlarıdır. Dolayısıyla, Güvenlik Konseyi'nin bireyleri etkileyen yaptırımlarından doğan sorunlar, ilk olarak, uluslararası hukuk düzeni ve BM belgeleri ve organları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Öte yandan, yaptırımların hedefi olan kişiler, Avrupa Birliği'ne (AB) üye olan bir devletin

² Nitekim, bir Türk hava yolu şirketinin (Bosphorus) bir Yugoslav hava yolu şirketinden kiraladığı uçak, İrlanda Cumhuriyeti tarafından Güvenlik Konseyi'nin yukarıda zikredilen kararına dayanarak aldığı önlemlerin uygulanması kapsamında havaalanında tutulmuştur. Şirket yetkilileri, hem İrlanda'da hem AB Adalet Divanı önünde ve hem de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde (İHAM) yapılan işlemi dava etmiştir. Olayın tüm yönleri ve detayları için bkz. İHAM, 30 Haziran 2005 tarihli *Bosphorus v. Ireland* kararı.

³ Güvenlik Konseyi'nin bu kararlarından bazıları arasında 1267 (1999), 1333 (2000), 1373 (2001), 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1566 (2004) ve 1617 (2005) sayılabilir. Çalışmamızda atıfta bulunulan Güvenlik Konseyi kararlarının tam metni <http://www.un.org/sc/committees/1267/> de bulunabilir (Erişim: 12 Temmuz 2009).

vatandaşı veya bu devlette yasal olarak ikamet eden veya şirketleri veya malları olan bir kişiler olabileceğinden, yaptırımların bu kişilerin hak ve özgürlüklerine etkileri AB hukuku çerçevesinde de değerlendirilmelidir.⁴

Bu çerçevede çalışmamızın ilk bölümünde, BM'nin bireylerin temel hak ve özgürlüklerini etkileyen yaptırımlarına değinilecektir. İkinci bölümde, bu yaptırımlar BM Şartı ve ilgili sözleşmeler çerçevesinde, üçüncü bölümde ise AB hukuku temelinde değerlendirilecektir. Sonuç bölümünde de, yapılan analizin ışığında, BM Güvenlik Konseyi'nin kararlarının bireyin temel hak ve özgürlüklerine etkisine değinilecek ve bu kararların yargısal denetiminin hangi temelde daha iyi bir şekilde yapılabileceğine ilişkin görüşümüz belirtilecektir.

I. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Kişilere Karşı Yaptırımları ve Temel Hak ve Özgürlükler

A. Genel Olarak BM Güvenlik Konseyi'nin Kişilere Karşı Yaptırımları

BM Güvenlik Konseyi kararlarından etkilenen Devlet dışı kişiler, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri olmakla birlikte, kişiler üzerinde etkisi olan her BM önlemi burada incelediğimiz anlamda bir önlem değildir. Örneğin, İkinci Dünya Savaşı sonrası savaş suçlarının cezalandırılması kapsamında kurulan Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinde gerçek kişiler yargılanarak suçlu bulunmuş ve haklarında ceza yaptırımları uygulanmıştır. Daha yakın geçmişte de, eski Yugoslavya Federal Cumhuriyeti için kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde, yine savaş sırasında işlenen suçlarla ilgili bazı kişilerin yargılanıp ceza yaptırımlarının uygulanması da bu kapsamda bir başka örnek olarak gösterilebilir.⁵ Ancak kişilere karşı uluslararası bir ceza yaptırımını ile sonuçlanmasına rağmen, bu tür önlemler, maddi hukuk ve usul hukuku bakımından kişilerin tüm haklarının garanti altına alındığı

⁴ BM üyesi devletlerin bir kısmının aynı zamanda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne (İHAS) taraf olması, Güvenlik Konseyi kararlarının temel hak ve özgürlüklere aykırılığının İHAS açısından da değerlendirilmesini gerektirmektedir. Ancak biz konunun üçüncü boyutu olan İHAS çerçevesindeki incelemeyi başka bir çalışmada yapacağız.

⁵ ICT, *Prosecutor v. Tadic*, Appeals Chamber No. IT-94-1, 2 Ekim 1995, www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm, Erişim: 28 Temmuz 2009.

bir yargılama sürecini de içerdiğinden, Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliği korumak amacıyla aldığı diğer yaptırım kararlarından açıkça farklıdır.⁶ Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliği korumak amacıyla aldığı yaptırım kararları, kişilerin temel haklarını etkileyen ceza benzeri ve caydırıcı önlemler içermeleri bakımından savaş suçları yaptırımları ile benzerlik gösterse de⁷, Güvenlik Konseyi'nin özellikle 11 Eylül sonrası aldığı yaptırım kararları, hedef kişilere ya çok zayıf usuli garantiler sağlaması ya da hiç bir garantiye yer vermemesi nedeniyle farklı bir yaptırım rejimini oluşturmaktadır.⁸

Söz konusu yaptırımların kaynağı, BM Şartı'nın 41. maddesi çerçevesinde, uluslararası güvenliğin ve barışın tehdit altında olduğu durumlarda, bu tehditleri bertaraf edecek önlemleri alma yetkisinin BM Güvenlik Konseyi'ne verilmedir. Güvenlik Konseyi bu tür tehditleri yaratan ortam ve unsurları ülkesinde barındıran ilgili devletin tüm vatandaşlarını hedef almak yerine, uluslararası barış ve güvenliği doğrudan tehdit ettikleri tespit edilen belli kişi ve kuruluşları hedef almaktadır. Öte yandan, BM Şartı'nın 25. maddesinde Güvenlik Konseyi kararlarının hukuken devletleri bağlayacağı hüküm altına alındığından, kişileri hedefleyen Güvenlik Konseyi kararlarının yerine getirilmesi için üye devletler devreye sokulmaktadır. Uluslararası örgütler ile kişiler arasında bir bağ olmadığından, uluslararası örgütlerin tasarrufları kişilere karşı ancak dolaylı olarak (*indirect action*) uygulanabilmektedir.

B. Güvenlik Konseyi'nin Kişilere Yönelik Akıllı Yaptırımları (*Smart Sanctions*)

Güvenlik Konseyi'nin 41. maddeye dayanan yaptırımları, BM üyesi devletlere yöneltilebildiği gibi, kimi durumlarda hükümet üyelerini,

⁶ Antonio CASSESE, *International Criminal Law*, OUP, 2003, s. 31.

⁷ Ian CAMERON, "UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights", *Nordic Journal of International Law*, Cilt 72, 2003. s. 171.

⁸ Bir yaptırımı veya yaptırımlar bütünü bir devletin tüm resmi görevlilerine veya bir devletin ülkesindeki tüm kişi ve kuruluşlara yöneltmek yerine, belli sayıda kişi ve kuruluşlar ile sınırlanmış bir listenin Güvenlik Konseyi kararlarına eklenmesi ve sadece bu kişiler ve onların ticari ilişki içerisinde olduğu kişilerin, yaptırım kapsamındaki hak ve özgürlüklerini sınırlandıran Güvenlik Konseyi kararları *smart sanction* terimi ile ifade edilmektedir. Biz terimin Türkçe karşılığı olarak 'akıllı yaptırım' terimini kullanmayı uygun gördük.

onların işbirliği yaptığı kişileri ve hatta yakınlarını da kapsayabilmektedir.⁹ Güvenlik Konseyi, dünya ölçeğinde artan ve yaygın bir tehdit halini alan terör eylemleri nedeniyle, bu eylemlerin sorumluları ile bir şekilde bağlantılı kişi, kişi grupları ve bunların ticari şirketleri veya vakıflarından oluşan oldukça geniş kapsamda kişi ve kuruluşu kapsayan yaptırım kararları almaya başlamıştır. Güvenlik Konseyi terör eylemlerine karşı önlem niteliğindeki ilk kararlarını, 1998 yılında Usame Bin Laden ve El Kaide örgütünün, Tanzanya ve Kenya'daki Amerikan elçiliklerine yapılan saldırıların hemen sonrasında almıştır. Güvenlik Konseyi, bu saldırıları kınayarak, Taliban hükümetine ülke topraklarının teröristlerce kalkan olarak kullanılmasını sona erdirmeye ve teröristlerin ülke topraklarında eğitilmesine izin vermemeye çağırarak kararları almış ve aksi takdirde yaptırım uygulanabileceği hususunda Taliban hükümetini uyarmıştır.¹⁰

Afganistan'da iktidarda olan Taliban hükümetinin yapılan çağrılara uymaması üzerine Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nın VII. Bölümü ve özellikle de 41. maddesine dayanarak, uluslararası barışın ve güvenliğinin korunması çerçevesinde ekonomik yaptırımlar içeren 1267 (1999) sayılı kararı almıştır. Taliban yönetimine Laden'i yargılanması için üçüncü bir ülkeye teslim etme çağrısını da içeren bu kararda, Güvenlik Konseyi, Taliban'ın bu talebi yerine getirmesini sağlayabilmek için, havadan ekonomik ambargonun yanında, Taliban yönetimi, yönetimde görev alanlar ve onlarla bağlantılı kişilerin malvarlıklarına karşı finansal önlemler uygulamaları için BM üyesi devletlere çağrısı yapmıştır.¹¹ Bu karar ile Güvenlik Konseyi, yaptırımların hedefi

⁹ Liberya ve Fildişi Sahilleri'ne yönelik yaptırımlar ilk örnekler arasında sayılabilir. Bkz., Güvenlik Konseyi'nin 1343 ve 1572 sayılı kararları.

¹⁰ Güvenlik Konseyi'nin 1189 (1998) ve 1214 (1998) sayılı kararları.

¹¹ UN Doc. S/ RES/ 1267 (1999), Para. 2: Security Council demands that the Taliban turn over Usama bin Laden without further delay to appropriate authorities in a country where he has been indicted, or to appropriate authorities in a country where he will be returned to such a country, or to appropriate authorities in a country where he will be arrested and effectively brought to justice.

Para. 4: Security Council decides further that, in order to enforce paragraph 2 above, all States shall:

(a) Deny permission for any aircraft to take off from or land in their territory if it is owned, leased or operated by or on behalf of the..., unless the particular flight has been approved in advance by the Committee on the grounds of humanitarian need, including religious obligation such as the performance of the Hajj;

(b) Freeze funds and other financial resources, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by the Taliban, or by any un-

olan kişilerin isimlerini tespit etme kararını almaya yetkili olmak üzere *yaptırım komitesi* (1267 Komitesi) adı ile yine Güvenlik Konseyi'nde temsil edilen devletlerin birer temsilcisinin bulunduğu bir alt komite kurmuştur.¹² 1267 (1999) sayılı karar gereğince, BM üyesi devletler, kendi ülkelerinde, Taliban yönetimi ile bağlantılı veya onun tarafından bir şekilde kontrol edilen varlıkları, şirketleri, vakıfları veya yine Taliban yönetimi ile iş veya işbirliği yapan kişiler ve bu kişilerin varlıklarını, 1267 komitesinin ilan ettiği çerçevede, dondurmak yükümlülüğü altına girmektedir. Her defasında ve her bir kişi ve olay için yaptırım komitesince izin verilmek koşuluyla, malvarlıkları dondurulan kişilerin insani ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri için yaptırımı uygulayan ilgili üye devlet, malvarlıklarından ihtiyaçları kadar bir kısmını serbest bırakılabilecektir.¹³

1267 (1999) sayılı karar ile getirilen yaptırım düzeninin daha etkili

dertaking owned or controlled by the Taliban, ..., and ensure that neither they nor any other funds or financial resources so designated are made available, by their nationals or by any persons within their territory, to or for the benefit of the Taliban or any undertaking owned or controlled, directly or indirectly, by the Taliban, except as may be authorized by the Committee on a case-by-case basis on the grounds of humanitarian need.

¹² UN Doc. S/ RES/ 1267 (1999), Para. 6: Security Council decides to establish, ..., a Committee of the Security Council consisting of all the members of the Council to undertake the following tasks and to report on its work to the Council with its observations and recommendations:

- (a) To seek from all States further information regarding the action taken by them with a view to effectively implementing the measures imposed by paragraph 4 above;
- (b) To consider information brought to its attention by States concerning violations of the measures imposed by paragraph 4 above and to recommend appropriate measures in response thereto;
- (c) To make periodic reports to the Council on the impact, including the humanitarian implications, of the measures imposed by paragraph 4 above;
- (d) To make periodic reports to the Council on information submitted to it regarding alleged violations of the measures imposed by paragraph 4 above, identifying where possible persons or entities reported to be engaged in such violations;
- (e) To designate the aircraft and funds or other financial resources referred to in paragraph 4 above in order to facilitate the implementation of the measures imposed by that paragraph;
- (f) To consider requests for exemptions from the measures imposed by paragraph 4 above as provided in that paragraph, and to decide on the granting of an exemption to these measures in respect of the payment by the International Air Transport Association (IATA) to the aeronautical authority of Afghanistan on behalf of international airlines for air traffic control services;

¹³ Hedef kişilerin yaptırımlar karşısında en temel insani ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin talepleri ancak sınırlı bir çerçevede karşılayan bu hükümler, 1390 (2002) ve 1452 (2002) sayılı kararlar ile bir miktar daha genişletilmiştir.

kılınması için Güvenlik Konseyi, 1333 (2000) sayılı kararı ile bu defa aynı önlemlerin doğrudan doğruya Laden ve Laden ile ilişkisi olan kişi ve kuruluşlar için uygulanmasına karar vermiştir. Bu kararları, 1373 (2001) ve 1390 (2002) sayılı kararlar izlemiştir. Bu kararlar da Laden ve El Kaide'ye yönelik olmakla birlikte bazı farklılıklar içermektedir. İlk olarak 1390 (2002) sayılı karar yaptırımlar rejiminin maddi içeriğini genişleterek, hedef kişilerin seyahat özgürlükleri üzerinde de kısıtlamalar getirmiştir.¹⁴ İkinci olarak, bu kararlar 11 Eylül saldırısından sonra Amerika Birleşik Devletleri ve diğer bazı devletlerin Afganistan'a yönelik askeri hareketından sonra çıkarılmıştır. Taliban yönetiminin devrilmesi ve müdahalenin yarattığı yönetsel boşluk ve karışıklık, bu kararlar ve daha sonraki kararların, kişilerin Afganistan devleti ile ilişkisi olup olmamasına bakılmaksızın yaptırımların hedefi olmaları sonucunu doğurmuştur.¹⁵

Akıllı yaptırımlar rejimi Güvenlik Konseyi'nin genel yaptırım rejiminden açıkça ayrılmaktadır. Bu yaptırımların en önemli özelliği, yaptırımı konu alan ilgili Güvenlik Konseyi kararının, kişilerin mülkiyet haklarına, seyahat özgürlüklerine kısıtlamalar getirmesi ve bu kısıtlamaların karaliste (*blacklisting*) adı verilen bir listeleme yolu ile yapılmasıdır. El Kaide örgütü ve Taliban rejimine yönelik yaptırım kararlarının özelliği ise yöneldikleri kişilerin sayısının fazlalığıdır. 1267 Komitesinin bir kararı ile onlarca veya yüzlerce kişi üzerinde yaptırımlar uygulanabilmektedir. Bu kişilere isimlerinin listelerde yer alacağı, gizlilik ve istihbaratta zaafiyet yaratacağı gerekçesi ile, önceden bildirilmemekte, bunun sonucu olarak da, listede ismi yer alacak kişi ya da şirketler, ilgili Güvenlik Konseyi kararının şartları değerlendirildiğinde, kendi isimlerinin bu listelerde yer almasının haksız olduğunu ileri sürerek listelerden isimlerinin çıkartılması talebini ileri sürme imkânından yoksun bırakılmıştır. 1390 (2002) kararı gereğince 1267 Komitesi tarafından listeleme nasıl yapıldığını açıklayan

¹⁴ UN Doc. S/ RES/ 1390 (2002), Para. 2: Security Council decides that all States shall take the following measures with respect to Usama bin Laden, members of the Al-Qaida organization and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them,

(a)

(b) prevent the entry into or the transit through their territories of these individuals.

¹⁵ Daha sonra kabul edilen, UN Doc. S/ RES/ 1452 (2002), UN Doc. S/ RES/ 1455 (2003), UN Doc. S/ RES/ 1526 (2004), UN Doc. S/ RES/ 1566 (2004) ve UN Doc. S/ RES/ 1617 (2005) sayılı kararlar da bu niteliktedir.

bir çalışma yapılmasına¹⁶ ve 1526 (2004) kararı gereğince de, listelenen kişilerin yaptırımı uygulayan devlet tarafından haberdar edilmesi hükme bağlanmasına rağmen,¹⁷ yaptırımlara muhatap kişilere Güvenlik Konseyi veya 1267 Komitesi önünde söz hakkı tanınmamaktadır. İlgili kişilere listelerden isimlerinin çıkartılması için sağlanan dilekçe verme hakkı da, bu tür dilekçeler doğrudan 1267 Komitesine yöneltilemedikleri için, etkili olarak kullanılamamaktadır. Listelerden isimlerin çıkartılmasına ilişkin başvurular, isimlerin listeye konulmasını talep eden devlet nezdinde yapılabilmektedir.¹⁸ Devletlerin yapacağı araştırma sonucunda Güvenlik Konseyi veya Komite, listeden çıkarmaya ilişkin talepleri geniş bir takdir yetkisi altında incelemekte, belli koşullar gerçekleştiğinde Güvenlik Konseyi veya Komite'yi koşulları karşılayan kişilerin isimlerini listelerden çıkarma yükümlülüğü altına sokan hükümler olmaması sebebiyle de, bu takdir yetkisi genelde talebin reddi yönünde kullanılmaktadır.¹⁹ Başvuruları olumlu bulunarak karalistelerden çıkarılan kişi ve kuruluş sayısı oldukça sınırlıdır.²⁰

¹⁶ UN Doc. S/ RES/ 1390 (2002) sayılı kararın 5. paragrafına uygun olarak çıkartılan 1267 Komitesinin bu çalışması için bkz., Security Council Committee, Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work, 12. 11.2002, http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guidelines.pdf, Erişim: 10 Temmuz 2009.

¹⁷ UN Doc. S/ RES/ 1526 (2004), Para. 18: Security Council strongly encourages all States to inform, to the extent possible, individuals and entities included in the Committee's list of the measures imposed on them.

¹⁸ Security Council Committee, Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work, Para 7 (h): If the petitioner submits the petition to the State of residence or nationality, the procedure outlined in the subparagraphs below shall apply:

iii. If, ..., the petitioned State wishes to pursue a de-listing request, it should seek to persuade the designating State(s) to submit jointly or separately a request for de-listing to the Committee. The petitioned State may, without an accompanying request from the designating State(s), submit a request for de-listing to the Committee, pursuant to the no-objection procedure.

Bu usule göre başvurular, listelere konulacak isimlerin neredeyse tamamının geldiği ülke olan Amerika Birleşik Devletlerinin itirazı ile sonuçlandığından (no-objection procedure), listeden çıkarma (*delisting*) usulü kendisinden beklenen işlevi yerine getirememektedir.

¹⁹ Bardo FASSBENDER, "Targeted Sanctions and Due Process", The United Nations Office of Legal Affairs, 20 March 2006, s. 4. http://www.un.org/law/counsel/Fassbender_study.pdf 136., Erişim: 10 Şubat 2008.

²⁰ CAMERON, (dn 7) s. 201 vd., Eric ROSAND, "The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions", American Journal of Int. Law, Cilt 98, 2004, s.745. BM verilerine göre, listelenen kişi ve kuruluş sayısı 600'e ulaşmış iken, listelerden çıkarılan kişi ve kuruluşların sayısı 35-40 civarındadır, bkz. <http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/consolidatedlist.pdf>. <http://www.un.org/sc/committees/1267/docs/Delisted.pdf>.

C. Hedef Kişilerin İhlâle Konu Olan Temel Hak ve Özgürlükleri

BM Güvenlik Konseyi'nin akıllı yaptırımlar türü kararları ile yarattığı yaptırımlar rejiminin, hedef kişilerin hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği ya da en azından sınırlandırdığı ve dolayısıyla, bu sınırlandırmanın da yargı denetimine tâbi olması gerektiği tartışmasıdır. BM Şartı, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHUS) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ESKHUS) ile temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve garanti altına alınması çerçevesinde düzenlemeler yapan BM, uluslararası terörden kaynaklanan tehdidi ortadan kaldırmak için uyguladığı akıllı yaptırımlar rejimi ile temel hak ve özgürlükleri tehdit eder hale gelmiştir.

Güvenlik Konseyi'nin akıllı yaptırım kararları ile hedef aldığı kişilerin ihlâlê konu olan hakları, mülkiyet hakkı, seyahat özgürlüğü ve etkili bir hukuki yola başvurma hakkı ile adil yargılanma hakkıdır.

Güvenlik Konseyi'nin kararlarının niteliği, maddi içeriği ve yeterli koruma mekanizmaları içermemesi, söz konusu hak ihlallerinin kaynağını oluşturmaktadır. Örneğin, 1267 Komitesinin yaptırımların uygulanacağı kişilerin yer aldığı listeleri oluştururken dayandığı veriler çoğunlukla istihbarat raporlarına dayanmakta, bireylere uygulanacak yaptırımlara da bu verilerin doğruluğu tartışılmadan karar verilmektedir. Kişilerin mülkiyet hakları veya seyahat özgürlüğü tartışmalı maddi verilere dayanılarak sınırlandırılmaktadır.

Öte yandan, kararların özgün niteliği de kişilerin haklarını ihlallere açık hale getirmiştir. Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın 41. maddesine göre kullandığı yetki, kişiler üzerinde sadece bulundukları devletin sınırları içinde sonuçlar doğurmamakta, kişinin vatandaşı olduğu ya da yasal olarak ikâmet etmekte bulunduğu devletin sınırlarını da aşarak uluslararası düzeyde sınırlamalar söz konusu olmaktadır. Örneğin, bir bankanın sadece merkezinin bulunduğu devletteki işlemleri değil, BM'ye üye tüm devletlerdeki işlemleri dondurulmaktadır. Böylece devletin iç hukuk düzeni içinde alamayacağı kadar geniş önlemler bu yolla alınmakta, ancak bir anayasal devletin bu tip önlemleri alırken sağladığı temel hak ve özgürlüklere dair asgari garantilere yer verilmemiş olmaktadır.

Nihayet, çok önemli usuli haklar da yeterince korunmamıştır. Hedef kişiler adil yargılanma hakkı veya etkili bir yargı denetimine başvurma hakkı gibi usuli haklardan yoksun kalmaktadırlar. Kişilerin kararlara karşı sonradan başvuru haklarının olmaması yanında, haklarında karar alınırken, kişilere kendileri ile ilgili alınması muhtemel tedbirlere karşı itiraz edebilmeleri için her hangi bir imkân da (örneğin hakkındaki bilgilerin gerçek dışı olduğunu ispat etmek için etkili bir yol) verilmemiştir.

II. Güvenlik Konseyi'nin Akıllı Yaptırım Kararlarının Uluslararası Hukuk ve BM Sistemi Çerçevesinde Temel Hak ve Özgürlüklere Aykırılığı

BM Güvenlik Konseyi bir *legibus solutus* organ mıdır, yoksa Güvenlik Konseyi de kararlarını alırken hukuki sınırlamalara tabi olacak mıdır? BM Güvenlik Konseyi'nin, BM Şartı'nın VII. bölümünün verdiği yetkilere göre karar alırken hukuki bir sınırlamaya tabi olup olmayacağının, söz konusu kararların özellikle kişileri hedef alan ve onların temel hak ve özgürlüklerini etkileyen kararlar olması durumunda özel bir önemi bulunmaktadır. Öğretide bazı yazarlar, Güvenlik Konseyi'nin VII. bölüm ile ilgili kararları üzerinde ne BM Şartının ve ne de temel hak ve özgürlüklerin de bir parçası olduğu uluslararası hukuk kurallarının sınırlamalar koyabileceğini ileri sürmekte, bazı yazarlar da Güvenlik Konseyi'nin her hangi bir organ önünde hesap vermek zorunda olmadığını savunmaktadır.²¹ Bununla birlikte, hem uluslararası mahkeme kararları ve hem de öğretinin baskın çoğunluğu Güvenlik Konseyi'nin de bazı sınırlamalara tâbi olabileceğini bildirmektedir. Güvenlik Konseyi'nin, kararlarını alırken, genel olarak uluslararası hukuka ve özellikle de temel hak ve özgürlüklere riayet ile yükümlü olduğunun dayanağı olarak, BM örgütünün kurucu and-

²¹ Göran LYSEN, "Targeted UN Sanctions: Application of Legal Sources and Procedural Matters", *Nordic Journal of International Law*, Cilt 72/2, 2003, s. 293-295; Frederic MEGRET & Florian HOFFMAN, "UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the UN Changing Human Rights Responsibilities", *HRQ*, Cilt 25, 2003, s. 333; Georg SCHWARZENBERGER, *Power Politics: A Study of World Society*, 3. bası, London, 1964, s. 462 (Aktaran: MEGRET & HOFFMAN, s. 318-321); Jose E. ALVAREZ, "Judging the Security Council", *AJIL*, Cilt 90, 1996, s.1; Ayşe Füsün ARSAVA, "BM Güvenlik Konseyi Kararlarına Karşı İnsan Hakları Himayesi", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 3/10, 2007, s.1.

laşması olan BM Şartı'nın hükümleri, diğer BM sözleşmeleri, uluslararası hukukun bir parçası olan uluslararası örf ve adet hukuku kuralları gösterilebilir.

A. Güvenlik Konseyi Kararları'nın BM Şartı'nın Temel Hak ve Özgürlüklere Dair Hükümlerine Uygunluğu

Doğaldır ki, BM Şartı'nın Önsözü (Dibacesi/Başlangıcı) gibi aşağıda incelenecek kimi hükümleri, belirlenen amaçlar çerçevesindeki ilişkilerini düzenlemek için taraf devletleri bağlayıcı niteliktedir.²² Buna karşılık bir örgütün kurucu belgesinin sadece örgütün üyelerini bağlayacağı ama örgütün kendisini bağlamayacağı şeklinde bir argüman kabul edilemez. Kaldı ki, Şart'ın 104. maddesine ve Milletlerarası Adalet Divanı'nın (MAD) *Reparation*²³ kararına göre BM uluslararası hukuk kişiliğine sahiptir ve bir uluslararası hukuk kaynağı olarak Şart kendisi için de bağlayıcıdır. Dolayısıyla Şart'ın hükümlerinin, BM örgütü ve Güvenlik Konseyi için de hukuki bağlayıcılığı vardır.²⁴

BM Şartının Önsözünde, Şart'a taraf olan devletler, “kişilerin temel haklarına, onuruna ve değerine” ve “adaletin sağlanması için gereken koşulları yerine getireceklerine” ilişkin taahhütlerini belirtmişlerdir.

BM Şartı'nın 1. maddesinin 3. fıkrasında BM'nin *amaçlarından* birinin “ırk, cins dil veya din ayrımı gözetmeksizin, herkesin insan haklarına ve temel hürriyetlerine saygıyı geliştirmek” olduğu hükme bağlanmıştır. Bu amaca uygun olarak, Şart'ın 55. maddesinde “BM'nin, ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel hürriyetlerine dünyanın her yerinde saygı gösterilmesini teşvik edeceği”, 56. maddesinde de “üye devletlerin bu amaçla örgütte işbirliği halinde hareket etmeyi taahhüt” ettikleri belirtilmiştir. Demek

²² Şart'ın bazı hükümleri ise, hem devletlere hem de doğrudan BM örgütüne hitap etmektedir, BM Şartı m.2'de olduğu gibi.

²³ ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the UN*, Danışma Görüşü, [1949] ICJ Rep. 179.

²⁴ Bu konuda genel olarak bkz. FASSBENDER, (dn. 19), s 16; Henry G. SCHERMERS & Niels M. BLOKKER, *International Institutional Law*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, s. 976; ICJ, *Interpretation of the WHO-Egypt Agreement*, Danışma Görüşü, [1980] ICJ Rep. 89.

oluyor ki, BM ve Güvenlik Konseyi, yetkilerini kullanırken temel hak ve özgürlüklere riayet ile yükümlüdür.²⁵ Bu yükümlülük BM örgütünün bir organı olarak Güvenlik Konseyi için özel olarak düzenlenmiştir. Şart'ın 24. maddesinin 2. fıkrasına göre "Güvenlik Konseyi BM amaç ve prensiplerine²⁶ uygun olarak hareket eder". Fıkra'nın ikinci cümlesinde amaç ve prensiplere uygun olarak yerine getirilecek görevler sayılırken Şart'ın VII. bölümündeki görevler de dahil edilmiştir.

Güvenlik Konseyi kararlarının yukarıda anılan hükümler vasıtası ile sınırlandırılabilmesine ilişkin tespitler bazı açılardan eleştirilmiştir. *Frowein ve Krisch*, Güvenlik Konseyi'nin, VII. bölüm hükümlerine göre karar alırken, somut sınırlamalar içermeyen ama genel bir çerçeve çizen amaçlar dikkate alınışında, önemli bir takdir hakkına sahip olduğunu ileri sürmektedir.²⁷ Benzer şekilde bu amaçların temel hak ve hürriyetlere riayeti teşvik edici nitelikte olduğu da savunulmaktadır.²⁸

BM Şartı'nın temel hak ve hürriyetlere riayete ilişkin hükümlerinin Güvenlik Konseyi'ni sınırlayamayacağı şeklindeki eleştirilere iki nedenle katılmamaktayız.

Birincisi, temel hak ve özgürlüklere riayetin Şart'ın 1. maddesindeki amaçlar içinde sayılması tek başına somut sınırlama için yeterli olmasa da, Şart'ın yukarıda zikredilen 55, 56 ve 24/2 . maddeleri ile birlikte değerlendirilmesinden, temel hak ve özgürlüklere riayetin somut bir şekilde ortaya konulduğu görüşündeyiz. Kaldı ki, BM'nin amaçlarından biri olarak temel hak ve özgürlüklere riayetin bu şekilde düzenlenmesi Şart'ın kabulü zamanında insan haklarının gelişme düzeyi ile de açıklanabilir. Ayrıca, Şart'ın temel hak ve özgürlüklere riayete ilişkin hükümleri ve bunların Güvenlik Konseyi kararları üzerindeki etkisi, önemli bir kısmı BM çatısı altında oluşturulan (İnsan

²⁵ 41. madde ile 55. madde arasındaki ilişkinin daha detaylı bir değerlendirmesi için bkz, Felicia SWINDELLS, "UN Sanctions in Haiti: A Contradiction Under Articles 41 and 55 of the UN Charter", Fordham Int'l L.J., Cilt 20, 1997, s. 1960.

²⁶ Vurgu tarafımızdan eklenmiştir.

²⁷ Jochen FROWEIN & Nico KRISCH, "Introduction to Chapter VII", Bruno Simma (Ed.), The Charter of the United Nations, 2. bası, 2002, s. 710.

²⁸ Rudiger WOLFRUM, "Article 1", Simma (Ed.), s. 40-43; Noah BIRKHAUSER, "Sanctions of the Security Council against Individuals-Some Human Rights Problems", <http://www.esil-sedi.org/english/pdf/Birkhauser.PDF>, Erişim: 08 Haziran 2008.

Hakları Evrensel Bildirgesi, MSHUS ve ESKHUS) modern insan hakları hukuku ışığında dikkate alınmalıdır.

İkinci olarak, uluslararası mahkemelerin kararlarında da BM Şartı'nın hükümlerinin Güvenlik Konseyi'ni sınırlayabileceğine dair ciddi argümanlar mevcuttur. MAD, Güvenlik Konseyi'nin, Şart'ın 1. ve 2. maddesinde yer alan amaç ve prensiplerle bağlı olduğuna karar vermiştir.²⁹ Aynı kararda MAD "Güvenlik Konseyi kararlarının, Şart'ın Amaç ve Prensipleri ile uyumlu olması halinde tüm üye devletleri bağlayacağını ve böylece onlar tarafından kabul edilip uygulanacağını" kararında belirtmiştir.³⁰ *Tadic* davasında da, Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, "Güvenlik Konseyi'nin, anayasal çerçevesi bir andlaşma tarafından ortaya koyulmuş bir uluslararası örgütün organı olarak belli anayasal sınırlamalara bağlı olduğunu" ve "Şart'ın ne metninde ne de ruhunda Güvenlik Konseyi'nin bir *legibus solutus*³¹ organ olarak tasarlandığını" belirterek, Güvenlik Konseyi'nin, VII. Bölüme göre tasarrufta bulunurken sahip olduğu takdir yetkisinin sınırsız olmadığına karar vermiştir.³²

Güvenlik Konseyi'nin, bu hükümler karşısında, VII. bölüme göre kişilere karşı yaptırım kararları alırken temel hak ve hürriyetleri gözetmek ya da en azından söz konusu yaptırım kararlarının maddi içeriğini, hedef kişilerin temel hak ve özgürlüklerini zedelemeyecek şekilde düzenlemek yükümlülüğü altında olduğu sonucuna varmaktayız.

B. Güvenlik Konseyi Kararları ve Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Dair BM Sözleşmeleri

BM Şartı'nın yanında, Güvenlik Konseyi'nin akıllı yaptırım kararlarının uluslararası insan hakları hukukuna uygun olması gerekir. Bütüncül ve uygulanabilir hukuk kuralları olarak gösterdiği gelişmeye

²⁹ ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa Namibia Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Danışma Görüşü, [1971] ICJ Rep. 110.

³⁰ ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa Namibia Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, 115.

³¹ Terim, Ulpianus'un 'Princeps legibus solutus est' (Kuralı koyan hukukla bağlı değildir) kuralında geçmektedir.

³² ICT, *Prosecutor v. Tadic*, 28.

ve spesifik olarak ortaya çıktığı bağlama göre, uluslararası sözleşmeler, uluslararası örgütlerin ve devletlerin tasarrufları ile uygulamaları ve bölgesel insan hakları koruma sistemlerinin birlikte oluşturduğu uluslararası insan hakları hukuku, BM çatısı altında düzenlenen sözleşmeler ve bu sözleşmeler yolu ile meydana gelen örf ve adet hukuku bağlamında Güvenlik Konseyi'nin kararlarını sınırlayıcı niteliğe sahiptir.

BM'nin bir uluslararası hukuk kişiliğine sahip olması, BM'nin ve bir organı olarak Güvenlik Konseyi'nin işlem ve eylemlerinin uluslararası hukuka uygun olmasını gerekli kılmaktadır. Bununla birlikte hangi insan hakları hukuku belgelerinin Güvenlik Konseyi için bağlayıcı olduğu, hangilerinin olmadığı önemli bir nokta olarak karşımıza çıkmaktadır.

1. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, uluslararası ölçekte temel hak ve özgürlüklerin maddi içeriğinin belirlendiği ilk metin olma özelliğini taşımaktadır. Bildiri ile hak ve özgürlüklerin asgari standartlarının ortaya konulması ile yetinilmemiş ama aynı zamanda özgürlüklerin sınırlandırılması ölçütleri de bir uluslararası belgede ortaya konulmuştur.

Bununla birlikte, belirtmemiz gerekir ki, insan haklarının korunmasına dair önemli belgelerden biri olan ve BM Genel Kurulu tarafından ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi³³ ne BM üyesi devletleri ne de Güvenlik Konseyi'ni bağlayıcı etkiye sahiptir.³⁴ Bildiri, bir andlaşma değildir; onaylanması sırasında devletler bu durumu açıkça belirtmiş ve Bildiri'nin hukuki bir bağlayıcılığı olmadığını zapta geçirmişlerdir.³⁵ Bildiri, bir andlaşma olmadığından BM'yi veya Güvenlik Konseyi'ni hukuken bağlayıcı bir etkiye sahip olmasa da insan haklarının bir uluslararası örf ve adet hukuku olarak kabul edilmesinde fonksiyonu vardır. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

³³ BM Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217A (111) sayılı kararı.

³⁴ Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 6. bası, OUP, 2003, s. 534.

³⁵ Aslan GÜNDÜZ, *Milletlerarası Hukuk*, 5. bası, Beta, 2003, s. 271.

2. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

BM çatısı altında düzenlenen diğer önemli insan hakları belgeleri ise ‘ikiz sözleşmeler’ adı ile de anılan Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’dir. Bu sözleşmeler, Bildiri’den farklı olarak, BM üyesi devletler tarafından bir uluslararası andlaşma gibi onaylanmış ve yürürlüğe girmiş olduklarından, devletler açısından bağlayıcıdır.³⁶ Daha da önemlisi, bu sözleşmeler ile taraf devletlerin temel hak ve özgürlüklere riayet edeceklerini ilişkin yükümlülüklerinin yerine getirilmesi açısından mekanizmalar kurulmuş ve tedbirler alınmıştır. Her ne kadar bu mekanizmalar İHAS’da öngörülen mekanizmalardan daha zayıf hukuki yollar ve garantiler sağlıyorsa da, özellikle MSHUS kapsamında bir İnsan Hakları Komitesi kurulmuş ve yine MSHUS’a eklenen İhtiyari Protokol ile de, bu Protokolü kabul eden devletler açısından, fertlerin insan hakları ihlallerine ilişkin şikayetlerinin incelendiği bir mekanizma oluşturulmuştur. Sözleşmelerin uluslararası insan hakları hukuku açısından getirdiği maddi haklar ve koruma standartlarına rağmen, BM’nin bu sözleşmelerin imzacı tarafı olmaması ve sözleşmelerin hiç bir maddesinde de BM’nin muhatap olarak alınmaması sebebiyle, MSHUS ile ESKHUS’un, BM ve Güvenlik Konseyi’ni hukuken bağlayan sözleşmeler olduğu söylene-
mez.

Dolayısıyla, ilk bakışta, bu sözleşmelerin BM açısından bağlayıcı bir etkisi olmadığından, Güvenlik Konseyi’nin akıllı yaptırımlar rejimi altında karar alırken sözleşmelerde düzenlenen hak ve özgürlüklere riayet yükümlülüğü altında olmadığı şeklinde bir sonuç ile karşı karşıya kalınmaktadır. Örneğin, Güvenlik Konseyi 1390 (2002) sayılı kararı ile, MSHUS’un 12. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “herkes, kendi ülkesi de dahil olmak üzere, herhangi bir ülkeyi terketmekte serbest olacaktır” hükmünü dikakete almaksızın, kişilerin bulundukları üye devletin ülkesinden başka bir devlet ülkesine geçmelerini yasaklayabilmektedir.

BM’nin ikiz sözleşmelerin tarafı olmaması ve dolayısıyla da Güvenlik

³⁶ BROWNLIE, s. 536 ve 539; GÜNDÜZ, (dn. 35), s. 282.

Konseyi'nin sözleşme hükümleri ile bağlı olmadığı şeklindeki varılan bu ilk sonuç, sözleşmelerin insan hakları hukukunun bir örf ve adet hukuku olarak kabul edilmesindeki etkisinin değerlendirildiği aşağıdaki bölümde yeniden ele alınacaktır. Ancak Güvenlik Konseyi'nin bu sözleşmelerin hükümlerine riayet etmesi gerekip gerekmediği meselesi bir başka açıdan da tartışılabilir.

Uluslararası örgütler de, devletler gibi uluslararası hukukun süjele-rindendir. Bununla birlikte hukuki kişiliklerinin bir niteliği onları devletlerden ayırmaktadır. Uluslararası örgütlerin, uluslararası hukuk tarafından bir kişi olarak ehliyeteye sahip olabilmesi için, bir ülkeye, bir insan topluluğuna ya da egemen bir kamu otoritesine sahip olması aranmamakta ve fakat onların ehliyeti ve bu ehliyeteye göre tasarruf yetkileri ve sorumlulukları, örgütün kurucu andlaşmasında belirtilen ve devletlerin uluslararası örgüt tarafından gerçekleştirilmesini istedikleri amaçlar ve bu amaçlara ulaşmak için gereken yetki ve fonksiyonlar ile belirlenmektedir. Bu nedenle, uluslararası örgütler fonksiyonel (görevsel) bir kişiliğe sahiptir.³⁷ BM örgütü bağlamında, bu fonksiyonlardan biri de yukarıda izah edildiği gibi temel hak ve özgürlüklere riayet edilmesinin sağlanmasıdır. BM'nin çatısı altında oluşturulan, BM Genel Sekreterliğine bir andlaşma olarak tescil edilen ve imzacı taraflarının tamamının BM üyesi olduğu ikiz sözleşmelerin amacının, BM Şartı'nda belirtilen temel hak ve özgürlüklere riayet edilmesini sağlamak ve bunun için mekanizmalar ve önlemler getirmek olduğu açıktır. Bu anlamda üyeleri ile BM arasında bir fonksiyonel halefiyetden³⁸ bahsetmek mümkündür. Dolayısıyla, bu halefiyet gereği BM Güvenlik Konseyi'nin ikiz sözleşmelerde getirilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin standartlara uyması ve kişilere yönelik yaptırımlarında sözleşme hükümlerinin getirdiği sınırlamaları gözetmesi gerekmektedir. BM ikiz sözleşmelere taraf değildir ve bu anlamda hükümlerinin BM Güvenlik Konseyi için bağlayıcılığı yoktur; ancak BM'nin fonksiyonel halefiyet yolu ile üye devletlerden devraldığı

³⁷ Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri-2.Kitap*, 8. bası, Turhan Yayınevi, 2005, s. 3.

³⁸ Fonksiyonel halefiyet kavramı hakkında bkz., ICJ, *International Statutes of South West Africa*, Danışma Görüşü, [1950] ICJ Rep. 132-138; Case 21-24/72, *International Fruit Company NV v. Produktschap voor Groenten en Fruit*, [1972] ECR 1219; Robert SCHUTZE, "On 'Middle Ground': The European Community and Public International Law", European University Institute Working Paper, 2007, s. 12-13

temel hak ve özgürlüklere riayet yükümlülüğünden sırf taraf olmama gerekçesi ile kurtulmasını kabul etmek, fonksiyonel halefiyetin dolaşılması anlamına gelir ve kabul edilemez.

C. Güvenlik Konseyi Kararları ve Örf ve Adet Hukuku Olarak Temel Hak ve Özgürlükler

Güvenlik Konseyi'nin, BM'nin bir uluslararası hukuk kişisi olduğu dikkate alındığında, genel anlamda uluslararası hukuk ile de bağlı olması gereklidir. Andlaşmalar sözkonusu olduğunda bir uluslararası örgütün ancak andlaşmanın tarafı olduğunda o andlaşmanın hükümleri ile bağlı olacağı kuşkusuzdur. Ancak uluslararası örgütlerin, kurucu belgelerinde açıkca aksi belirtilmedikçe, örf ve adet hukuku ile de bağlı oldukları söylenebilir.³⁹ BM Şartı'nın temel hak ve özgürlüklere riayete ilişkin hükümler içermesi ve aksi bir hüküm de vaz etmediğine göre, Güvenlik Konseyi'nin bir örf ve adet hukuku olarak da temel hak ve özgürlükleri gözetmesi gerektiği sonucuna varılabilir.

Bununla birlikte, insan hakları hukukunun bir uluslararası örf ve adet hukuku haline gelip gelmediği ve eğer gelmiş ise Güvenlik Konseyi'nin kişileri hedef alan kararları üzerinde sınırlayıcı bir etkiye sahip olup olmadığı üzerinde durulabilir.

Uluslararası hukuk açısından, örf ve adet hukukundan sözdebilmek için, devletlerin temsil edici çoğunluğunca tutarlı ve tek düze uygulamalar var olmalı ve bu uygulamalarında hukuki bir inanca (*opinio juris*) dayalı olarak gerçekleştirilmesi, yani uluslararası hukukun kişilerinin bu uygulamalara uyulmasının hukuki bir zorunluluk olduğu inancı ile hareket etmesi gerekmektedir.⁴⁰ Bununla birlikte, temel hak ve özgürlüklere riayet yükümlülüğü açısından bir örf ve adet hukukunun var olup olmadığının tespiti için, örf ve adet hukukunun şekil olarak ortaya çıkması demek olan tek tek devletlerin uygulamaları unsurunun aranması isabetli olmayacaktır. İnsan haklarının korun-

³⁹ SCHERMERS & BLOKKER, (dn. 24), s. 986.

⁴⁰ GÜNDÜZ, (dn. 35), s. 21-23. Öğretide, bir konuda örf ve adet hukukunun oluşumunun şartları üzerinde durulurken yaygın olarak MAD'nın Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği kararındaki tespitleri esas alınmaktadır: ICJ, *North Sea Continental Shelf*, [1969] ICJ Rep. 74 ve 77.

ması uluslararası hukukun görelisi olarak yeni bir konusu olduğu için ve devletlerin de genellikle kendi uyrukları ile ilgili değilse insan hakları konusunda bir tavır, tepki ya da protesto geliştirmekten imtina etmeleri nedeniyle, bu konuda devletlerin hukuki bir inanca dayalı tutarlı ve tek düze uygulamalarını tespit etmek imkânı mümkün görülmemektedir. Ancak, örf ve adet hukuku kurallarının oluşup meydana çıkmasının yegane yolu, sadece tek tek uygulamalar ve sadece devletlerin uygulamaları değildir.

Bu anlamda, *ilk* olarak denilebilir ki, gerçekleştirecekleri her türlü ortak işlem ya da takınacakları her türlü ortak tutum, eğer süreklilik gösteriyorlarsa, devletlerin *birlikte* örf ve adet hukuku oluşturmalarını sağlayabilir. Buradaki örf ve adet hukukunun birlikte oluşturulması, andlaşma niteliğinde olmayan her türlü tasarruf, o arada, bildiri, deklarasyon, mutabakat ile olabileceği gibi, bir andlaşma şeklinde de meydana gelebilir. Bu son durumda, andlaşmada düzenlenen konu veya andlaşmanın bir hükmü, uluslararası hukuk anlamında akdi bir yükümlülüğün yanında, bir örf ve adet kuralı oluşumuna da olanak verir.⁴¹ MAD da, andlaşmaların ya da bir andlaşmanın hükümlerinin örf ve adet hukuku kuralı oluşturabileceğine karar vermiştir.⁴²

İkinci olarak, devletlerin dışında uluslararası örgütler de, eğer statülerinde bir uluslararası hukuk kişisi olmanın koşulları karşılıyorsa, örf ve adet hukuku kurallarının oluşumuna katılabilirler. Örf ve adet hukuku kuralının unsurları bulunduğu takdirde, MAD BM Genel Kurulu'nun tutarlı uygulamalarını örf ve adet hukuku kuralı olarak değerlendirmektedir.⁴³

Dolayısıyla, bir yandan, bir andlaşma olmasa da, devletlerin altına birlikte imza attıkları bir belge olarak BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, öte yandan, temel hak ve hürriyetlere riyeti öngördüğü açık olan BM Şartı ve BM ikiz sözleşmeleri, bir uluslararası insan hakları örf ve adet hukukunun varlığını ortaya koymuştur.⁴⁴ Ayrıca devletle-

⁴¹ 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 43.

⁴² ICJ, *North Sea Continental Shelf*, 37-41.

⁴³ ICJ, *Certain Expenses of the United Nations*, Danışma Görüşü, [1962] ICJ Rep. 160.

⁴⁴ MAD bir çok kararında, bu metinlere bir örf ve adet hukuku oluşturdıkları anlamında atıf yapmaktadır: ICJ, *The Barcelona Traction, Light and Power Company*, [1970] ICJ Rep. 32-34; ICJ, *Nicaragua v. US*, [1986] ICJ Rep. 99-100; ICJ, *US v. Iran*, [1980] ICJ Rep. 42.

rin BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan hak ve özgürlüklere göndermeler yaparak ve onları daha da geliştirerek anayasalarında yer vermeleri ve İHAS gibi uluslararası sözleşmelerle bir insan hakları manzumesi yaratmaktaki hukuki inançları (*opinio juris*), insan hakları örf ve adet hukuku oluşumuna katkı yapmıştır.⁴⁵ Bu nedenle, Güvenlik Konseyi için, temel hak ve özgürlüklere riayet yükümlülüğü sadece, bağlayıcı ve akdi uluslararası yükümlülüklerden değil ama aynı zamanda akdi olmayan örf ve adet hukukundan da doğmaktadır. Uluslararası hukukun bir parçası olarak örf ve adet hukuku kuralları, uluslararası hukukun bütün hukuk kişilerinin, o arada BM'nin de uymak zorunda olduğu kurallardır. Aksi durum, "kendisini oluşturan devletlerin, hukuki yetki kullanma ve buna bağlı olarak da yaptırım uygulama imkanı verdikleri BM'nin, kendi varlığının dayanağı olan uluslararası hukuk kurallarına uymamasına müsaade ettikleri şeklinde açıklanmaz bir sonuç doğurur"⁴⁶ ki, bu hiç bir hukuki gerekçe ile izah edilemez.

D. Yargısal Denetim Sorunu

BM'nin bir organı olarak Güvenlik Konseyi de, devletlerin organları gibi, karar alırken siyasi nedenlerle ve bu nedenlerin tetiklediği oldukça farklı ve fazla sayıda saik ile yetkisini aşan tasarruflarda bulunabilir ve akıllı yaptırım kararlarında olduğu gibi bu kararlar kişilerin temel hak ve özgürlüklerini zedeleyebilir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, Güvenlik Konseyi BM şartı'nın VII. Bölümü gereğince önlemler alırken keyfi davranamaz. Özellikle temel hak ve özgürlüklere riayet yükümlülüğü Güvenlik Konseyi'nin kişilere karşı önlemler alırken yetki sınırını çizmektedir. O halde bu sınırlara riayet edilmesi nasıl sağlanacaktır?

Karar alıcıların hukukun üstünlüğü ilkesine ve onun en önemli unsuru olan temel haklara uygun olarak hareket etmesini sağlayacak ye-

⁴⁵ İnsan hakları dizini, uluslararası andlaşmalar ile büyük ölçüde düzenlenmiş iken, hangi hakkın bir örf ve adet hukuku seviyesine erişebildiği konusunda tartışma vardır. Bu konudaki bir inceleme için bkz., Hurst Hannum, "The Status of the Universal Declaration of the Human Rights in National and International Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Cilt 25, 1996, s. 355

⁴⁶ Mohammed Bedjaoui, *The New World Order and The Security Council: Testing The Legality of its Acts*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, s.7.

gane imkân yargı denetimidir. BM sisteminde, Güvenlik Konseyi kararlarının denetiminin sağlanması imkanı, siyasal bir imkân olan veto hakkı bir kenara bırakılacak olursa, yok gibidir. BM yaptırımlarının Güvenlik Konseyi tasarrufları olmasına rağmen bu tasarrufların ulusal⁴⁷ yasama usulleri veya daha yeni bir olgu olarak AB hukuku⁴⁸ tasarrufları ile uygulanması, bu tasarruflardan yukarıda bahsedilen yükümlülüklerle aykırılık nedeniyle BM'nin sorumlu tutulmasını zorlaştırmaktadır ki, bu da söz konusu denetimin BM çatısı altında yapılamamasının en önemli nedenidir. Yine de MAD'ın bazı kararları dolaylı bir denetimi mümkün kılar niteliktedir.⁴⁹

BM Şartı hükümlerinde ve kendi statüsünde, MAD'ın Güvenlik Konseyi'nin tasarruflarının hukuka uygunluğu ve geçerliliği ile ilgili olarak yargısal denetim yapma yetkisi veren bir hüküm yoktur. Dolayısıyla, doğrudan doğruya bu tasarrufların geçerliliğinin söz konusu edilmediği ama tartışıldığı bazı davalar dışında, MAD'ın Güvenlik Konseyi kararlarının geçerli veya geçersiz olduğu şeklinde hüküm tesis etmesi mümkün olmamıştır.⁵⁰ Öte yandan MAD önünde kişilerin dava açma imkânı da olmadığından, kişileri hedef alan akıllı yaptırım kararlarının denetimi büsbütün imkansızlaşmaktadır.

Bununla birlikte, MAD'ın, bir devlet başvurusu veya bir danışma görüşü vasıtası ile Güvenlik Konseyi tasarruflarının geçerliliğine dolaylı olarak değindiği kararlar vardır.

Bir devletin BM üyeliğine kabulüne ilişkin davada, MAD, Güvenlik

⁴⁷ Bu çalışmamızda Güvenlik Konseyi yaptırımlarının BM üyesi devletlerin iç hukuku vasıtası ile denetimi imkânına değinilmeyecektir.

⁴⁸ Aşağıda Başlık III.

⁴⁹ BM çatısı altında düzenlenen MSHUS ile ESKHUS ile oluşturulan ve bu sözleşmelerde düzenlenen temel hak ve özgürlüklere riyeti gözetten mekanizmalar ve kurumlar da vardır. Bunlardan en önemlisi de MSHUS ile oluşturulan BM İnsan Hakları Komitesidir. Ancak bu mekanizmalarda, uluslararası kurumlara karşı ve hatta bir uluslararası kurumun ihlal ettiği sözleşme hükümleri nedeniyle devletlere karşı yapılan başvurular kabul edilemezlik kararları ile sonuçlanmaktadır. Örnek olarak bkz., *H. v. d. P. v. Netherlands*, UN Human Rights Committee, Communication 217/1986 (1987). BM İnsan Hakları Komitesi, Güvenlik Konseyi'nin 1267(1999), 1333(2000) ve 1455(2003) sayılı akıllı yaptırım kararları ile ilgili bir başvuruda, MSHUS'un ihlal edildiği sonucuna varmış ancak Belçika hükümetinin işlemlerinin dayanağı olan Güvenlik Konseyi kararlarını tartışmaktan özenle kaçınmıştır. Bkz., *Sayadi v. Belgium*, «ASK =__fillin=? Symbol»«__fillin» (9 Aralık 2008).

⁵⁰ Detaylı inceleme için bkz., ALVAREZ, (dn. 21).

Konseyi'nin siyasal bir organ olmasının ona sınırsız bir yetki bahsetmeyeceğini belirtmiştir:

Bir organın siyasal karakteri, onu, [BM] Şartı'nın o organın yetkisinin sınırlarını çizen veya kararlarını verirken uyacağı ölçütleri düzenleyen hükümlerine uyma yükümlülüğünden kurtarmaz.⁵¹

Diğer bir danışma görüşünde de MAD, Güvenlik Konseyi kararlarının geçerliliğine yine dolaylı olarak değinmiştir:

Güvenlik Konseyi kararlarının Şart'a uygunluğu veya geçerliliği sorunu bir danışma görüşü talebinin konusunu teşkil edemez. Bununla birlikte, Mahkeme yargı yetkisinin kullanılmasında, bu yargı yetkisi ile ilgili itirazlar vaki olduğundan dolayı, sözkonusu [Güvenlik Konseyi] *kararların hukuki sonuçlarının belirlenmesine*⁵² ilişkin gerekçesinde itirazları dikkate alacaktır.⁵³

Son olarak *Lockerbie* davasının Libya hükümeti tarafından talep edilen geçici tedbirlere ilişkin bölümünde, MAD'dan Montreal Sözleşmesi karşısında, Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanamayacağına dair karar verilmesi talep edilmiş, bu kararda da MAD doğrudan doğruya bir Güvenlik Konsey kararının geçerliliğini denetlemese de, Güvenlik Konseyi kararının *ultra vires* olduğuna, yani yetki aşımı ile geçersiz olduğuna karar verebileceğini zımni olarak ifade etmiştir.⁵⁴

MAD'ın, Güvenlik Konseyi kararlarını bugünkü hukuki durum içerisinde doğrudan doğruya denetleme yetkisine sahip olmadığı açıktır. Bu mümkün olsaydı bile, bu denetim Güvenlik Konseyi'ne karşı bireysel başvuru söz konusu olamayacağı için akıllı yaptırım tasarrufları için yine de kapalı olacaktı.⁵⁵

⁵¹ ICJ, *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations*, Danışma Görüşü, [1948] ICJ Rep. 57.

⁵² Vurgu tarafımızdan eklendi.

⁵³ ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa Namibia*, 89.

⁵⁴ ICJ, *Question of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie* (Libya v. U.S.), (Provisional Measures), [1992] ICJ Rep. 114

⁵⁵ ARSAVA, (dn. 21), s. 2-3.

III. Güvenlik Konseyi'nin Akıllı Yaptırım Tasarruflarına Karşı Bireylerin Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Korunması

BM'nin yaptırımlarının uygulanabilmesi için, devletlerin yaptırım kararlarını kendi iç hukuk düzenlerindeki hukuki işlemlerle hedef devlet, kuruluş ya da kişilere yöneltmesi gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Bununla birlikte, AB kurumları BM ile üye devletleri arasına girmek sureti ile akıllı yaptırım kararlarını ilk önce AB hukuku enstrümanları ile düzenlemiştir. AB'nin uluslararası bir hukuki düzene sahip olması ve bu düzenin gerekleri, akıllı yaptırım tasarruflarının AB hukukundaki yeri ve kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması açısından bazı zorluklarla birlikte bazı hukuki imkânları da beraberinde getirmektedir.

Akıllı yaptırım kararlarının AB kurumları tarafından Tüzükler vasıtası ile düzenlenmesi, Güvenlik Konseyi'nin öngördüğü yaptırımların, üye devletlerin vatandaşları olan ya da üye devletlerde yasal olarak ikâmet etmekte olan bireylere ya da üye devletlerde tescilli tüzel kişilere doğrudan uygulanmasına neden olmuştur. Bu anlamda ilk önce akıllı yaptırımların AB hukukunda düzenleniş şekli ve AB hukukundaki yerine değineceğiz. İkinci olarak da, yaptırımların, AB hukuku çerçevesinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerine etkilerini ve -AB hukukunda bu yaptırımları düzenleyen Tüzüklere karşı bireysel başvuru yolları açık olduğundan- yargısal denetimini inceleyeceğiz.

A. AB'nin Yaptırım İçeren Tüzüklerinin Niteliği: Tüzüklerin Kurucu Andlaşmalara Uygunluğu

AB kurumları Güvenlik Konseyi kararlarını ilk önce Ortak Güvenlik ve Dış İşleri Politikası'nın bir hukuki enstrümanı olan 'ortak tutum' tasarrufları ile AB hukuk sistemi içine sokmuştur. Ortak tutumlar, Güvenlik Konseyi kararları ile getirilen ve yukarıda açıklanan yaptırımların, ekonomik nitelikleri nedeniyle, AT Andlaşmasının ("ATA") ilgili hükümleri çerçevesinde AB Komisyonu ("Komisyon") ve AB Bakanlar Konseyi ("Konsey") tarafından Tüzükler ile düzenlenmesi ne imkan verir niyetikte olan 'dayanak' tasarruflar olarak nitelenebilir.⁵⁶ Konsey, Taliban ve El Kaide yönetimi ve Usame Bin Laden'e

⁵⁶ Ortak Güvenlik ve Dış Politika'ya ilişkin hükümlerin hukuki niteliği için, bkz., Gosal-

karşı yukarıda nitelikleri belirtilen önlemleri, dış politika ve güvenlik konusu olarak nitelendirerek önce ortak tutumlar vasıtası ile genel olarak düzenlemiş, sonra da ilgili ortak tutumlar ve ATA hükümlerin göre Tüzükler çıkartarak, ilgili kişilerin AB'deki para ve fonları ile diğer finansal kaynaklarını dondurmuş veya sehayat kısıtlamaları getirmiştir.⁵⁷ Söz konusu Tüzükler içerik olarak ilgili Güvenlik Konseyi kararları ile tıpa tıp aynı olup, kişilerin malvarlıklarını ve seyahat özgürlüklerini kısıtlar niteliktedir.⁵⁸ Bazıları da yine Güvenlik Konseyi kararları gibi istisnalar ve bazı etkisiz başvuru yollarını düzenlemektedir.

Güvenlik Konseyi yaptırımlarını AB'de uygulamak için çıkartılan Tüzükler, AB hukukunun genel, doğrudan uygulanır ve bağlayıcı yasama tasarruflarıdır.⁵⁹ Bu önemli özellikleri yanında Tüzükler de tüm diğer AB tasarrufları gibi ATA'ya uygun olmalıdır ve ancak ATA'nın hükümlerinin çizdiği çerçevede geçerlidirler. AB'deki tüm tasarruflar bir yetki hükmüne dayanır ve AB'de türev kaynaklar denilen yasama tasarruflarının hukuka uygunluğunu sağlamak için en önemli ilkelerden biri 'atfedilmiş yetkiler' ilkesidir.⁶⁰ Buna göre AB kurumlarının yasama yetkisi, Andlaşma'da bu yetki için çizilen sınırlar içinde vardır ve eğer bir tasarruf bir yetki hükmüne dayanarak ihdas edilmezse veya yetki hükmünün vermediği yetkileri kullanarak yetki sınırlarını aşarsa, geçersizdir. AB tasarruflarının önemli bir kısmının kişiler

bo BONO, "Some Reflections on the CFSP Legal Order", Common Market Law Review, Cilt 43, 2006, s. 337

⁵⁷ Bu anlamda AB önlemleri temel olarak dört gruba ayrılabilir: 1267 (1999) sayılı Güvenlik Konseyi kararı için, 1999/727/CFSP ortak tutumu ve bu ortak tutuma ve ATA m. 60 ve 301'e dayanılarak kabul edilen 337/2000/EC sayılı Tüzük (*Topluluk Resmi Gazetesi*, 2000 L 43, s.1); 1333 (2000) sayılı Güvenlik Konseyi kararı için, 2001/154/CFSP ortak tutumu ve bu ortak tutuma ve ATA m. 60 ve 301'e dayanılarak kabul edilen 467/2001/EC sayılı Tüzük (*RG 2001 L 67*, s.1); 1390 (2002) ve 1452 (2002) sayılı Güvenlik Konseyi kararları için, 2002/402/CFSP ortak tutumu ve bu ortak tutuma ve ATA m. 60, 301 ve 308'e dayanılarak kabul edilen 881/2002/EC sayılı Tüzük (*RG 2002 L 139*, s. 9); 1452 (2002) ve 1455 (2003) sayılı Güvenlik Konseyi kararları için, 2003/140/CFSP ortak tutumu ve bu ortak tutuma ve ATA m. 60, 301 ve 308'e dayanarak kabul edilen 561/2003/EC sayılı Tüzük (*RG 2003 L 82*, s. 1).

⁵⁸ Öte yandan, AB'nin Güvenlik Konseyi kararları çerçevesinin dışında ama yine anti terör yaptırımları kapsamında kendi tasarrufları da vardır; detaylı bir inceleme için, bkz., Christina ECKES, "Sanctions against Individuals-Fighting Terrorism within the European Legal Order", European Constitutional Law Review, Cilt 4, 2008, s. 205.

⁵⁹ ATA m. 249.

⁶⁰ ATA m. 5.

üzerinde doğrudan, yani üye devletlerin takdirine yer bırakmaksızın uygulandığı veya doğrudan etkisi olduğu dikkate alındığında, Güvenlik Konseyi kararlarını uygulamak için çıkartılan Tüzüklerin doğru yetki normlarına dayanıyor olmaları ve buna bağlı olarak da geçerlilikleri önem kazanmaktadır.

AB'nin yaptırım öngören Tüzüklerinin yetki sınırlarını aşıp aşmadığı konusu, ilk bakışta, temel haklar ve özgürlüklerin korunması ile doğrudan ilgili değilmiş gibi gözükebilir. Ancak Tüzükler yasama faaliyeti niteliğinde tasarruflardır ve iç hukuktaki kanunlara benzetilebilirler. Temel hak ve özgürlükler de ancak kanun niteliğinde tasarruflar ile sınırlanabileceğinden, söz konusu Tüzüklerin yetki bakımından geçerliliği önem kazanmaktadır. Komisyon ve Konsey'in, Güvenlik Konseyi kararlarına göre kişilerin malvarlıklarını dondurmak ve seyahat özgürlüklerini kısıtlamak için kabul ettikleri Tüzükler, bu açıdan değerlendirildiğinde, ATA'nın farklı yetki maddelerine dayandırılmıştır.

1. 467/2001/EC sayılı Tüzük

1333 (2000) sayılı Güvenlik Konseyi kararına göre kişilere yaptırımlar uygulamak üzere kabul edilen 467/2001/EC sayılı Tüzük, ATA'nın 60 ve 301. maddelerine dayanılarak çıkartılmıştır. ATA'nın sermayenin serbest dolaşımı başlığı altında düzenlenen 60. maddesi, 301. maddeye atıf yaparak, 301. maddede öngörülen durumlarda, üçüncü ülkelere karşı sermaye hareketleri ve ödemeler ile ilgili olarak gerekli önlemlerin alınabilmesi için yetki vermektedir. 467/2001/EC sayılı Tüzük anlamında, 301. maddenin kişilere karşı önlemler alabilme yetkisi verip vermediği ise, kanımızca tartışmalıdır; bu sebeple maddede metnini burada nakletmeyi uygun görüyoruz:

Avrupa Birliği Andlaşması'nın ortak dış işleri ve güvenlik politikasına ilişkin hükümlerine göre kabul edilen ortak bir tutum veya eylem, bir Topluluk tasarrufu vasıtasıyla, bir ya da birden çok *üçüncü devlet*⁶¹ ile ekonomik ilişkilerin tamamen ya da kısmen kesilmesini ya da azaltmasını gerektirdiği takdirde, Kon-

⁶¹ Vurgu tarafımızdan eklendi.

sey Komisyon'un önerisi üzerine nitelikli çoğunlukla gerekli acil önlemleri alır. Konsey Komisyon'un tasarısı üzerine nitelikli çoğunlukla karar verir.⁶²

Madde, açık ifadesinden anlaşılacağı gibi, sadece üçüncü devletler ile ekonomik ilişkilerin kesilmesi ve azaltılması için yetki vermektedir. Dolayısıyla bu maddeye dayanarak, sadece üçüncü devletler veya bu devletlerde resmi görevi olan bireyler üzerinde önlemler içeren tasarruflarda bulunulabilir. Maddenin hedef devlette hiçbir resmi görevi olmayan kişilere karşı sınırlayıcı önlemler alınması için yetki vermediği kanaatindeyiz. 1333 (2000) sayılı Güvenlik Konseyi kararı, Afganistan'ın Taliban yönetimi ve bu yönetimde resmen görev alanlar ile hiç bir şekilde bu yönetimde görev almamakla birlikte Afganistan'da üstlenen El Kaide mensupları ve onlarla ilişkili kişiler arasında bir ayırım yapmamıştır. Bu anlamda, 467/2001/EC sayılı Tüzük de bu ayırma yer vermeksizin, listelenen tüm kişiler üzerinde ekonomik önlemler öngörerek, madde 301 ile verilen yetkiyi aşmıştır. Topluluk İlk Derece Mahkemesi ise, 881/2002/EC sayılı Tüzüğün iptali için açılan davanın gerekçesinde, 467/2001/EC sayılı Tüzük için 301. maddenin dayanak olarak kullanılmasında yetki sorunu olmadığını zımnen de olsa belirtmiştir.⁶³ Mahkemeye göre, kişiler ile Taliban yönetimi altındaki Afgan toprakları (ülkesi) arasında kurulan açık bağlantı 301. madde anlamında yeterlidir.⁶⁴ Ancak bu muhakeme tarzı eleştiriye açıktır. Kanaatimizce Tüzük, 301. maddede sadece devletlerden bahsedildiği için, ancak Taliban yönetimi ve yönetimde resmen görev alanlar ile ailelerini hedef alabilir; kişilerin, Afgan ülkesi ile bir şekilde bağlantılı olması, onları 301. maddenin kapsamına sokamaz.

2. 881/2002/EC sayılı Tüzük

BM'nin Afganistan'a askeri müdahalede bulunma kararından ve bu askeri müdahale sonucu Afganistan'daki Taliban yönetimin çökmesinden sonra, Güvenlik Konseyi 1390 (2002) ve 1452 (2002) sayılı kararları ile, Afganistan devleti ile ilişkisi olsun ya da olmasın, terör ey-

⁶² Madde metninin çevirisi orjinal andlaşma hükmü esas alınarak tarafımızdan yapılmıştır.

⁶³ Case T-315/01 *Yassin Abdullah Kadi v Council and Commission* [2005] ECR II-3649.

⁶⁴ Case T-315/01, para. 89

lemleri ile ve bu eylemleri yapanlarla ilişkisi olan kişi, kuruluş ve ortaklıklara karşı da sınırlayıcı önlemler getirmiştir. Böylece AB'nin bu kararlara göre çıkartacağı Tüzükler, doğrudan doğruya kişileri hedef alan önlemler şeklinde olacak ve hiç bir şekilde üçüncü devlet bağlantısı içeremeyecekti. Dolayısıyla bu tasarrufların ATA m. 60 ve 301'deki yetkiler çerçevesinde çıkarılması büsbütün imkansızlaşmıştı. Bu sebeple, Konsey 881/2002/EC sayılı Tüzüğü, ATA m. 60 ve 301'in yanında ATA m. 308'e dayandırdı.

ATA'nın 308. maddesi belli koşullar altında AB kurumlarına tasarrufta bulunmak için yetki tanıyan genel nitelikli bir hükümdür:

Ortak pazarın işleyişinde, Topluluğun amaçlarından birini gerçekleştirmek için Topluluk tarafından bir tasarrufta bulunmak gerekli olur da, bu Andlaşma'da o tasarruf için gereken yetki ihdas edilmemiş ise, Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine ve Parlamentoya danıştıktan sonra, gereken önlemleri oy birliği ile alır.⁶⁵

308. maddeye göre bir tasarrufta bulunabilmek için iki koşulun gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan birincisi, ATA'da Tüzüğün dayandıracığı bir yetki hükmü bulunmamasıdır. Gerçekten de, terörizme maddi olarak destek sağladığından şüphelenilen ve bir *üçüncü devlet* ile herhangi bir ilişkisi kurulamayan *kişi* ve *kuruluşların* malvarlıklarını dondurmak veya seyahat özgürlüklerini kısıtlamak gibi ekonomik ve kişisel önlemler koyulmasına dayanak olacak yetki hükümleri ATA'da yoktur. Dolayısıyla 881/2002/EC sayılı Tüzüğe dayanak olarak 308. maddenin kullanılmasında bu koşul açısından sorun yoktur. Bununla birlikte 308. madde hükmü başka bir koşul daha aramaktadır: Topluluk tasarrufunun Topluluk amaçlarından birine ulaşmak için zorunlu olması. 881/2002/EC sayılı Tüzük ile getirilen düzenleme, 'terörizme maddi desteği önlemek ve daha genel olarak da uluslararası barışı ve güvenliği sağlamak' amacı ile kişilerin malvarlıklarını dondurdurulması veya seyahat özgürlüklerinin kısıtlanmasını öngörmektedir. Halbuki ne ATA'nın amaçların sayılarak tüketildiği 2. maddesinde, ne de münferiden diğer herhangi bir madde de, 'terörizme maddi desteği önlemek ve daha genel olarak da uluslararası barışı ve

⁶⁵ Madde metninin çevirisi orjinal andlaşma hükmü esas alınarak tarafımızdan yapılmıştır.

güvenliği sağlamak' amaç olarak düzenlenmiştir. Tüzük eğer ortak ticaret politikası veya rekabetin korunması gibi amaçlara hizmet etmek için çıkarılsa idi, o zaman 308. maddenin dayanak olarak kabul edilmesi söz konusu olabilirdi.⁶⁶ Bu anlamda, 881/2002/EC sayılı Tüzük ile kişiler üzerinde temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı önlemler alınması yetki aşımı sonucunu doğurur.

Bununla birlikte Avrupa Adalet Divanı (AD) konu ile ilgili kararında farklı sonuca ulaşmıştır. İlk derece mahkemesinde karara bağlanan *Kadi* davasının temyiz edilmesi sonucu, AD, ATA'nın 60, 301 ve 308. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinin gerektiği ve bu maddelerin 881/2002/EC sayılı Tüzük için birlikte ve toplu şekilde bir yasal temel (*cumulative legal base*) oluşturduğu gerekçesi ile yetki aşımının söz konusu olmadığına karar vermiştir.⁶⁷

ATA'nın 60 ve 301. maddeleri, sözkonusu yaptırımların muhataplarının üçüncü devletler ile hiç bir şekilde ilişkisi kurulamadığından, bu tür yaptırımlar öngören tasarruflar için açık veya zımni bir yetki kuralı içermediği için⁶⁸..., söz konusu hükümlerin *konu bakımından sınırlı kapsamı* nedeniyle oluşan yetki boşluğu, yaptırımların *konusunun kapsamı* bakımından bir dayanak içeren ilk iki hükme ek olarak,⁶⁹ 308. maddeye bu Tüzük için yasal bir dayanak olarak başvurulması yolu ile aşılabılır.⁷⁰

AD'nin Tüzüğün yetki sorunu olmadığı kararına varması sonucunu doğuran gerekçesinin en önemli kısmı olduğunu düşündüğümüz bu ifadeler, ilk olarak AD'nin AB'nin yetkilerine ilişkin yerleşik içtihadı

⁶⁶ Aynı yönde, bkz., Piet ECKHOUT, *External Relations of the EU: Legal and Constitutional Foundations*, OUP, 2004, s. 184-186 ve 436-444; Christina ECKES, "Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures- The Yusuf and Kadi Judgment of the CFI", *European Law Journal*, Cilt 14/1, 2008, s.79-82. Avrupa Adalet Divanı Savcısı Maduro ise, Tüzüklerde yetki sorunu olmadığı yönünde mütaalada bulunmuştur. Bkz., Case 402-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi/Al Barakaat International Foundation v Council*, 16 Ocak 2008 tarihli mütalaa.

⁶⁷ Case 402-415/05 P, *Kadi/Albarakaat v Council*, 3 Eylül 2008 tarihli Karar, para. 216.

⁶⁸ Bu ifade ile AD, ilk derece mahkemesinin 'açık bağlantı' argümanını kabul etmemiş görünmektedir.

⁶⁹ AD'nin burada, yaptırımların konusunun aynı zamanda bir üçüncü devlet olmasının ATA m. 60 ve 301'in esas alınmasını gerektirdiğini ifade ettiğini sanıyoruz. Ancak ilginçtir ki Tüzük ile alınan önlemlerin muhatapları hiçbir şekilde devlet organları, resmi görevliler vb. olmamıştır.

⁷⁰ Vurgular tarafımızdan eklendi.

ile bağdaşmaz niteliktedir.⁷¹ AD, bu yerleşmiş içtihattan ayrılmak için belki kendisinin uzun yıllardır titizlikle üzerinde durduğu AB temel hak ve özgürlükleri koruma standartlarını gerekçe gösterebilirdi; ancak aksine AD, ATA'nın 301. ve 308. maddelerinin kapsamının sınırlarını zorlayarak, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı bir sonuca ulaşmıştır. Hemen belirtmemiz gerekir ki, 60 ve 301. maddelerin konu bakımından kapsamı ve bu kapsamın sınırı alınacak önlemlerin niteliği ile ilgilidir. Örneğin bu kapsam, sermaye hareketlerinin çeşitli şekillerde sınırlandırılması, hesapların dondurulması veya bir takım finansal önlemlerin alınmasına karşılık gelir. Halbuki 60 ve 301. maddelerdeki yetki yokluğu konu bakımından değildir; maddelerin kişi bakımından kapsamının sınırlı olmasındandır. 301. maddenin lafzından bu anlam çıkmaktadır. Bu nedenle 301. maddenin kişi bakımından sınırlı kapsamı karşısında –üçüncü devletler-, 881/2002/EC sayılı Tüzük, maddenin verdiği yetkiyi, önlemleri kişileri de içerecek biçimde genişleterek aşmıştır.

Varolan yetki boşluğunun bu Tüzük açısından 308. maddeye dayanarak aşılabileceğine ilişkin değerlendirme ise iki açıdan isabetli değildir. Bir kere, 308. maddenin dayanak olarak alınabilmesi için 881/2002/EC sayılı Tüzük ile düzenlenen önlemlerin Topluluğun ulaşmak istediği bir 'amaca' hizmet etmesi gerekir. Oysa yukarıda değinildiği gibi böyle bir amaç yoktur. Bu durumda AD'nin 308. maddeyi diğer iki maddenin eksik bıraktığı yetki boşluğunu doldurduğu şeklinde yorumlaması, bu maddenin gerektiğinde 'bir Topluluk amacı' yaratabileceği demek olur ki, bu AB hukuku açısından kabul edilmesi mümkün olmayan bir sonuç doğurur.⁷² İkincisi, ATA'nın 308. maddenin bu şekildeki yorumu, AB Andlaşması'nın Ortak Dış İşleri ve Güvenlik Politikasını, Topluluğun amaçlarından biri haline getirmektedir. Oysa ki, AD'nin aynı kararda isabetle belirttiği gibi, Birlik ve Topluluk yanyana var olan fakat ayrı hukuk düzenleridir ve bu hukuk düzenlerinin anayasal yapısı (mimarisi), arada açık bir bağlantı olmadıkça, ATA'nın hükümlerinin bir köprü gibi kullanılarak Birliğin

⁷¹ Çalışmamızın kapsamı bu içtihadı içermemektedir. AD'nin ATA m. 308 ile ilgili içtihadı için bkz., Opinion 2/94, *Accession to ECHR*, [1996] ECR I-1759; Case 45/86, *Commission v. Council*, [1987] ECR 1493; Case 9/74, *Casagrande*, [1974] ECR 773; Case 242/87, *Commission v. Council*, [1989] ECR 1425; Case 377/98, *Netherland v. Parliament and Council*, [2001] ECR 7149.

⁷² Case 402-415/05 P, *Kadi/Albarakaat v Council*, Mütalaa, para. 15; Opinion 2/94, para. 29-31

düzenlediği alanlara doğru genişletilmesini engelleyici bir kurumsal tasarımdan oluşmaktadır.⁷³

Sonuç olarak, Güvenlik Konseyi kararlarını uygulamak için kabul edilen Tüzükler, ATA'nın verdiği yetkileri aşarak düzenlendiği için kanaatimizce geçersizdir. Ancak, yukarıda zikredilen *Kadi* kararı ve onu izleyen ve yine ekonomik hakları ve kişi özgürlüklerini konu alan sınırlı bir kaç davada AD, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran bu Tüzükleri yetki açısından iptal etmemiştir. Bu nedenle aşağıda bu Tüzüklerin temel hak ve özgürlükleri ihlâl edip etmediğinin yargısal denetimi üzerinde durulacaktır.

B. Yaptırım Öngören Tüzüklerin Temel Hak ve Özgürlüklere Aykırılığının Yargısal Denetimi

AB hukukunda temel hak ve özgürlüklerin yargısal korunması 1960'ların sonlarına doğru başlayan AD içtihatları ve son yirmi yıl içerisinde kurucu andlaşmalarda getirilen bazı hükümler çerçevesinde sağlanmaktadır. AD genel olarak Topluluk tasarruflarının ve kimi özel koşullarla da Üye Devletlerin tasarruflarının, temel hak ve özgürlüklere uygunluğunun denetimini bazı standartlara ve ölçütlere dayandırmaktadır.⁷⁴ Kurucu andlaşmalarda da AB'nin hukukun üstünlüğü ve insan haklarına riayet ilkesine dayandığı hüküm altına alınmıştır.⁷⁵

Bununla birlikte, BM gibi bir uluslararası örgütün tasarruflarının temel hak ve özgürlüklere uygunluğunun denetimi AB hukuku için yeni ve farklı boyutları içeren bir durumdur.⁷⁶ Farklılık temel hak ve özgürlüklere aykırılığın hangi kapsamda ele alınacağına ilişkindir. Bu anlamda ilk sorun BM hukuku ve BM tasarruflarının AB hukuku içerisindeki yeridir: AB bir Güvenlik Konseyi kararını uygulamak zorun-

⁷³ Case 402-415/05 P, *Kadi/Albarakaat v Council*, para. 202.

⁷⁴ Bunlar, temel hak ve özgürlüklerin hukukun genel ilkelerinden biri olması, İHAS ve üye devletlerin ortak anayasal teamülleridir. AB'de temel hak ve özgürlüklerin korunması ile ilgili detaylı bir inceleme için bkz., Lammy BETTEN & Nicholas GRIEF, *EU Law and Human Rights*, Longman, 1998.

⁷⁵ AB Andlaşması'nın 6 ve 7. maddeleri.

⁷⁶ Case 84/95, *Bosphorus*, [1996] ECR I- 3953; Case 237/98 P, *Dorsch Consult*, [2000] ECR I- 4549; Case 403/06 P (derdest).

da mıdır? İkinci sorun, BM Şartı ve Güvenlik Konseyi tasarrufları AB hukuku açısından bağlayıcı bir etkiye sahip olduğu takdirde, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı yaptırım ve önlemlerin yargısal denetiminin kapsamının değişip değişmeyeceğidir. Özellikle yargısal denetimin kapsamı, yani denetimin AB'deki temel hak ve özgürlüklerin korunması çerçevesinde mi yoksa yukarıda incelenen BM belgeleri ve uluslararası hukuk çerçevesinde mi yapılacağı, korumanın etkinliğinin düzeyini belirleyecektir.

1. Üstünlük ve Bağlayıcılık Sorunu: AB Hukuku v. Uluslararası Hukuk

AB hukukunda kurucu andlaşmaların hukukun üstünlüğüne dayanan anayasal metinler olduğu kabul edilmektedir. AT'nin dayanağı olan kurucu andlaşmaların, yeni bir hukuk düzeni meydana getirdiği ve bu hukuk düzeninin ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinden ayrı bir niteliğe sahip olduğu rahatlıkla söylenebilir. AD geliştirdiği içtihat ile ATA'nın bu niteliğini daha da belirgin hale getirerek, Topluluk hukuk düzeninin, uluslararası hukuk düzeni ile aynı seviyede bulunduğunu kabul etmekle birlikte, kendi normlar hiyerarşisine sahip farklı ve *otonom* bir hukuk düzeni olduğunu belirtmiştir.⁷⁷

O halde AB, neden bir Güvenlik Konseyi kararından dolayı yükümlülük altına girmiş olsun? AB BM'nin bir üyesi olmadığı gibi, Güvenlik Konseyi kararlarının muhatabı da değildir. Esasen BM Güvenlik Konseyi kararlarının bir uluslararası hukuk tasarrufu olarak AB hukukunda bağlayıcı olup olmadığı, kişilerin bu kararlar nedeniyle ihlâl edilen hak ve özgürlüklerinin denetimi için önem taşımaktadır.

⁷⁷ AB hukuku kuramsal açıdan inceleyen öğreti ve AD içtihadı bu açıdan büyük oranda aynı çizgidedir: Opinon 1/91, *Re a Draft Treaty on European Economic Area*, [1991] ECR I-6079; Case 294/83 *Les Verts v. Parliament* [1986] ECR 1339, para. 23; Case 6/64 *Flaminio Costa v. ENEL* [1964] ECR 593. Grainne De Burca & Paul Craig, *EU Law*, OUP, 2003; Dominic Lasoc, *Law and Institutions of the EU*, Butterworths, 1994; Anne-Marie SLAUGHTER, Alec Stone SWEET & Joseph H. H. WEILLER (Ed.), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, 1998; Neil WALKER, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, 2003; Sionaidh Douglas-Scott, *Constitutional Law of the EU*, Pearson Education, 2002; Joseph H. H. WEILLER & Marlene WIND, *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, 2003.

AD, BM Güvenlik Konseyi'nin Topluluk Tüzükleri ile AB hukuku içine alınan ve temel hak ve hürriyetlere aykırılığı söz konusu olan kararlarının AB hukukundaki yerini ve bağlayıcılığını belirlemek için bulunmaz bir fırsat olan *Kadi* kararında, bu konuda neredeyse hiç bir şey söylememiştir. AD bu meseleyi doğrudan incelemekten kaçınmıştır. Bunun yerine, Güvenlik Konseyi'nin yaptırımlarının Tüzükler yolu ile uygulanmasının Topluluk seviyesinde temel hak ve özgürlüklerin yargısal denetimini zayıflatıcı etkisi olup olmadığı meselesindeki ayrıntılı gerekçesini belirtirken, “ Topluluk mahkemelerince, Güvenlik Konseyi kararını etkili kılmak için tasarlanan bir Topluluk tasarrufunun Topluluk hukuk düzenindeki daha üstün bir kurala aykırı olduğuna ilişkin verilen hiç bir karar, bu [Güvenlik Konseyi] kararının uluslararası hukukça tanınan üstünlüğüne hanel getirmez” şeklinde bir ifade ile konuya sadece değinmiştir.⁷⁸ Uluslararası hukuk ile AB hukukunu karşı karşıya getiren konunun –uluslararası terörizm ile mücadele- hassasiyeti nedeni ile AD'nin bu iki hukuk düzeni arasındaki çatışmadan uzak durduğu karardaki diğer bir ifadeden de çıkartılabilir. AD'ye göre, “881/2002/EC sayılı Tüzüğün, BM Şartı'nın VII. bölümüne göre kabul edilen bir Güvenlik Konseyi kararına hukuki etki sağlamak için tasarlanan bir önlem olması nedeniyle temel hak ve özgürlükler açısından iç hukuktaki geçerliliğinin yargısal denetimden muaf tutulması, BM hukuk düzenine hakim olan ilkelerin bir sonucu değildir.”⁷⁹ Bu ifadeden çıkarılacak sonuç, AD'nin, üye devletlere, Tüzüğün öngördüğü yaptırımları kendi iç hukuk kurallarına göre temel hak ve özgürlükler açısından yargı denetimine tabi tutmasını salık verdiğidir ki, bu bir kaç açıdan sakıncalıdır. Birincisi, Topluluk tasarruflarının denetimi Topluluk yargı organlarınca yapılır. İkincisi, bu tip bir denetim imkânına BM Şartı imkân vermemektedir.⁸⁰ En önemlisi de, bir çok kararında AB hukuk düzeninin *otonomisini* vurgulamak anlamında yargı denetimi açısından son sözü kendisinin söyleyeceğini kararları ile AB hukukuna kazıyan bir yargı yerinin, böyle bir hukuki gerekçeyi nasıl yazdığıdır.

AD Savcısı *Maduro* da aynı karar için yazdığı mütalaada, Topluluk hukuku – uluslararası hukuk ilişkisine değinmek bir tarafa, Topluluk

⁷⁸ Case 402-415/05 P, *Kadi/Albarakaat v Council*, para. 288.

⁷⁹ Case 402-415/05 P, *Kadi/Albarakaat v Council*, para. 299.

⁸⁰ BM Şartı m. 25 ve 103.

hukukunun kırk yıllık otonomisini, bu ilişkinin bir çözümlemesinden değil, -Topluluğun uluslararası yükümlülüklerinin etkisini belirlemek için yaptığı değerlendirmede-, Topluluk hukukunu, uluslararası hukuk karşısında, ‘iç hukuk düzeni’ (*municipal legal order*) şeklinde tanımlayarak, kanaatimizce, otonomiye AB hukukunda AD’nin kuramsallaştırdığı noktadan çok gerilere taşımıştır.⁸¹

Kadi kararının gerekçesinde, AB hukuku ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkinin analizinin bu denli dar ve eksik değerlendirmeler ile yapılmasının nedeni, kurucu andlaşmalarda AB’nin BM Şartı ile bağlı olduğuna dair açık ve doğrudan hiç bir hükmün yer almamasıdır. Bununla birlikte AD uluslararası hukuk ile AB hukuku arasındaki ilişkiye ve uluslararası hukukun dolaylı bağlayıcı etkisine geçmişte oldukça net bir şekilde değinmiştir.

GATT hükümlerine aykırı bir Topluluk düzenlemesinin iptalinin istendiği *International Fruit Company*⁸² davasında AD, Topluluğun o tarihte GATT andlaşmasına taraf olmamasına rağmen tüm üye devletlerin bu andlaşmaya taraf olmasına bazı sonuçlar bağlamıştı. Buna göre, üye devletler, bir çok hükmü zaten Topluluk andlaşmasının ilgili hükümleri ile paralel olan GATT andlaşmasının akdedilmesi aşamasında, GATT’ın taraf devletlerine yükümlülüklerine riayet edeceklerini deklare etmişlerdi. Üye devletler, sonradan kurdukları Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması’nın 110 ve 234. maddeleri ile de bu yükümlülüklerini Topluluk aracılığıyla da yerine getireceklerini teyid edici düzenlemeler yapmışlardı. AD, hem andlaşmadaki iradeleri ve hem de Topluluk düzenlemeleri gereğince, üye devletlerin daha önce GATT çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerin Topluluk tarafından da üstlenildiğine ve Topluluğu bağlayıcı etkisi olduğuna karar vermiştir.⁸³ Dolayısıyla, AD uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini açık bir şekilde kabul etmiştir.

Poulsen ve Diva Navigation davasında ise AD bu kez 1958 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi ve 1982 BM Deniz Hukuku sözleşmesi’nin Topluluk hukukundaki etkisini inceleyerek, Topluluk Tüzüğü’nün bu söz-

⁸¹ Case 402-415/05 P, *Kadi/Albarakaat v Council*, Mütalaa, para. 22-23.

⁸² Cases 21-24/72 *International Fruit Company* [1972] ECR 1219, para.18

⁸³ Yukarıda BM çerçevesinde bahsettiğimiz fonksiyonel halefiyet AD’nin bu kararında da gerekçe olarak -doğrudan zikredilmese de- kullanılmaktadır, bkz. yukarıda II.B.2 ve dipnot 38.

leşmelere uygun olması gerektiğini belirtmiştir. AD'nin, dikkat çekici bir şekilde, 1982 Sözleşmesi'nin Topluluk için yürürlükte olmadığını, bununla birlikte *örf ve adet hukuku* olarak riayet edilmesi gerektiğini belirttiği bu kararda, şu önemli ifadeler nakledilmeye değerdir: "Topluluk yetkilerini kullanırken uluslararası hukuka riayet etmelidir ve bu yetkilerin kullanılması ile çıkartılan bir tasarruf, uluslararası hukukun bu tasarrufun kapsamı içinde olan ilgili kuralları ışığında yorumlanmalıdır."⁸⁴

Peki AD neden, uluslararası hukuku ve ondan doğan yükümlülüklerini -ki Güvenlik Konseyi'nin akıllı yaptırım kararları söz konusu olduğunda bu yükümlülük temel haklara ve özgürlüklere riayet olacaktır- bu son iki kararında nitelendirdiği gibi nitelendirmemiştir. Hatta neden AD, Topluluk hukuk düzeninin niteliğini belirten ve onu uluslararası hukuk ile aynı düzeyde fakat otonom bir hukuk düzeni kabul eden yerleşik içtihadından⁸⁵, en azından, uluslararası hukuk ile AB hukuku arasındaki ilişkiyi tam olarak ortaya çıkarmak için yararlanmamıştır?

Kanaatimizce AD'nin bunu yapmamasının nedeni bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin, BM belgeleri ve uluslararası hukuk temelinde yeterince koruma sağlayamayacağını öngörmesidir. Topluluk ilk derece mahkemesinin, *Kadi* davasında, 881/2002/EC sayılı Tüzüğün bireylere karşı getirdiği önlemlerin temel hak ve özgürlüklere aykırılığının denetimini, temel hak ve özgürlüklere riayetini ve onları korumanın uluslararası hukukun bir *jus cogens* kuralı olarak tespit ederek yapması ile seçtiği yolu, temyiz aşamasında AD'nin kabul etmesi bu öngörüsünün en önemli kanıtıdır. Biz, bu konudaki kanaatimizi, Sonuç bölümünde belirteceğiz.

2. Temel Hak ve Özgürlüklere Aykırılıkların Denetimi

AD ve ilk derece mahkemesi Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması için çıkartılan Tüzüklerin yargısal denetimine ilişkin davalarda, hem denetimde temel hak ve özgürlüklere ilişkin hangi koruma düzeyinin dayanak olarak alınacağı konusunda (*jurisdiction*), ve hem de

⁸⁴ Case C-286/90 *Poulsen and Diva Navigation* [1992] ECR I-6019, para. 9-10

⁸⁵ Yukarıda dipnot 77.

Tüzüklerin mülkiyet hakkını, adil yargılanma hakkını ve etkili bir hukuki yola başvurma hakkını ihlâl edip etmediği konusunda farklı sonuçlara ulaşmıştır. Biz de burada ulaşılan farklı sonuçların konularını iki farklı başlık altında inceleyeceğiz.

a. Yargı denetiminde hangi hukuk kurallarının uygulanacağı sorunu (*Jurisdiction*)

881/2002/EC sayılı Tüzüğün iptali için açılan davada ilk derece mahkemesi yargı yetkisini uluslararası hukuk temeline dayandırmıştır. Mahkemeye göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin kurallar emredici niteliktedir (*jus cogens*) ve ‘istisnai şartlar altında’ bir Tüzüğün temel hak ve özgürlüklere aykırılığı sebebiyle açılan bir davada esas alınabilirler. İlk derece mahkemesi, 881/2002/ EC sayılı Tüzüğün, bir Güvenlik Konseyi kararını uygulamak için ve bu Güvenlik Konseyi kararının herhangi bir takdir yetkisi bırakmayan hükümlerine göre kabul edildiğini ve böylece denetimi yapılan tasarrufun dolaylı olarak (*indirect judicial review*) Güvenlik Konseyi kararı olduğunu belirttikten sonra, bu denetimin hem AB üyesi devletlerin hem de BM’nin kaçınmayacağı uluslararası hukukun emredici kuralları kapsamındaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin kurallara uyulup uyulmadığının tespit edilmesi şeklinde olacağına karar vermiştir.⁸⁶ Mahkemenin, denetimin *jus cogens* çerçevesinde yapılacağına ilişkin görüşünü dayandırdığı iki temel vardır. Bunlardan birincisi, Güvenlik Konseyi kararının denetiminin Topluluk insan hakları hukukuna göre yapılmasına, BM Şartı’nın 25. ve 103. maddeleri ile Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 27. maddesi ve ATA’nın 5, 10, 297, 307 ve ABA’nın 5. maddesinin hükümlerinin engel teşkil etmesidir.⁸⁷ İkinci olarak ilk derece mahkemesinin bu gerekçesini, Topluluğun uluslararası hukuk çerçevesinde bir andlaşmadan doğan yükümlülüğünü yerine getirmek için kabul edilen bir tasarrufun, o andlaşma doğrudan etkiye sahip olmasa da, yine o andlaşma hükümleri esas alınarak değerlendirilmesi gerektiğine dair AD içtihadından yola çıkarak oluşturduğunu düşünüyoruz.⁸⁸ Ancak ilgili içtihadta DTÖ ve GATT andlaşması kuralları

⁸⁶ Case T- 315/01, para. 227

⁸⁷ Para. 222-223

⁸⁸ Case C – 70/87, *Fediol v. Commission*, [1989] ECR 1781; Case C- 69/89, *Nakajima v. Council*, [1991] ECR I-2069

sözkonusu idi; dolayısıyla mahkemenin temel hak ve özgürlüklere ilişkin *jus cogens* kurallarını bir andlaşma hükmü gibi değerlendirmesi ve yazılı olmayan kurallara Topluluk hukukunda doğrudan etki tanınması gibi çok da ikna edici olmayan bir sonuca vardığı söylenebilir. Dahası hangi temel hak ve özgürlüklerin *jus cogens* kurallar içerisinde olduğu, hangilerinin olmadığı da kararda yeterince tartışılmamıştır. Mülkiyet hakkının veya adil yargılanma hakkının bu mertebeye ulaşip ulaşmadığı ve bu hakların *jus cogens* kurallar kabul edilmesi sonucu sınırlandırılmalarının denetiminin nasıl yapılacağı açık değildir. Bu noktaya aşağıda (b) ayrıca değinilecektir.

Davanın temyiz aşamasında AD, Tüzüğün temel hak ve özgürlüklere aykırılığının tespitinde yargı yetkisinin uluslararası hukuk kurallarına dayandırılmasına açık bir şekilde karşı çıkmıştır. AD, yargı yetkisini Topluluk hukuku kaynaklarına ve Topluluğun temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin oluşturduğu kurallara dayandırmıştır. AD, Topluluk tasarruflarının temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlarının, daha önce de anayasal bir Şart olarak nitelediği ATA'da var olduğunu ve kendi yetkisinin de AT andlaşmasından doğduğunu belirtmiştir.⁸⁹ AD'nin temel hak ve özgürlüklerin Topluluk andlaşmaları çerçevesinde korunması içtihadı yerleşmiş bir içtihattır. *Opinion 2/94*'de, temel hakların Topluluk hukukunun bir parçası ve tasarrufların hukuka uygunluğunun en önemli koşulu olduğunun AD tarafından altının çizilmesi, temel hak ve özgürlüklerin denetiminin Topluluk hukukuna dayandırılabilirliğini göstermektedir.⁹⁰ AD, ATA'nın hukukun üstünlüğüne dayanan ve usuli ve maddi açıdan tam bir yargı denetimine sahip bir hukuk düzeni kurduğunu ve kurulan bu anayasal nitelikteki düzenin Topluluk tasarruflarının temel hak ve özgürlüklere riayeti zorunlu kıldığını belirterek, yargı yetkisini Topluluk hukukuna dayandırmıştır.⁹¹

AD ayrıca, ilk derece mahkemesinin aksine, Güvenlik Konseyi kararını denetim yetkisinin *-indirect* de olsa- olmadığını belirtmiştir.⁹² Bu yetkisizlik, Tüzüğün temel hak ve özgürlüklere aykırılığının Topluluk

⁸⁹ Case 402-415/05 P, para. 281.

⁹⁰ AD'nin temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin yerleşik içtihadı için bkz. dipnot 74.

⁹¹ Case 402-415/05 P, para. 282-285

⁹² Para. 286-287

hukukuna göre yapılacak denetimini ise hiç bir şekilde etkilemeyecektir. BM seviyesinde veya uluslararası hukuk çerçevesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin standart ne olursa olsun, AD bu yargı yetkisini kullanacağını belirtmiştir.⁹³

AD'nin yargı yetkisi konusundaki bu gerekçesinin, yukarıda incelediğimiz AB hukuku – uluslararası hukuk ilişkileri hakkında bir hüküm verme konusundaki isteksiz tutumu ile de bağdaşır olduğu kanaatindeyiz.⁹⁴ AD, bir Güvenlik Konseyi kararının uygulamak için çıkartılan Tüzüğün Topluluk hukukuna aykırı olmasının, bu Güvenlik Konseyi kararının uluslararası hukuk açısından sahip olduğu üstün niteliğe halel getirmeyeceğini belirterek, iki hukuk alanını birbirinden ayrı düşündüğünü çok kuvvetli argümanlarla olmasa da ilan etmiş ve böylece Tüzüğün temel haklara uygunluğunun denetimini Topluluk hukuku çerçevesinde yapılması gerektiğine ilişkin gerekçesini daha rahat oturtma imkânı bulmuştur.

b. Hak ihlalleri

Güvenlik Konseyi'nin yaptırım öngören kararlarını yürürlüğe koyan 881/2002/EC sayılı Tüzüğün, mülkiyet hakkı, adil yargılanma kapsamı içinde savunma hakkı ve etkili bir hukuki yola başvurma hakkını ihlal ettiği iddiası ile açılan iptal davasında, ilk derece mahkemesi bu hakların hiç birinin ihlal edilmediği sonucuna vararak davayı reddetmiştir.

Özet olarak, ilk derece mahkemesi mülkiyet hakkının ihlâli iddiasını, ulusal mercilere ilgililerin yapacağı bir taleple, dondurulan malvarlıklarının temel ihtiyaçlar için kullanılacak bir kısmın serbest bırakılma imkanına dikkat çekerek, yapılan sınırlandırmanın keyfi olmadığını temel bir kamu ihtiyacının karşılanması amacına hizmet ettiğini belirtmiş ve sınırlamanın kalıcı değil geçici olduğu ve mülkiyet hakkının özüne değil kullanımına sınırlama getirildiğini vurgulayarak, reddetmiştir.⁹⁵

⁹³ Para. 321-322

⁹⁴ Yukarıda III. B. 1.

⁹⁵ Case T- 315/01, para. 237- 240, 242-251.

Ancak, ilk derece mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin kuralların *jus cogens* kurallar olduğu ve yargı yetkisinin de bu *jus cogens* kurallara dayanması gerektiğine ilişkin yukarıda da incelenen argümanlara oldukça fazla yer verirken, bizatihi mülkiyet hakkının neden bir *jus cogens* kural olduğunu göstermeye çok az çaba harcamıştır. Kanaatimizce, bunun nedeni mülkiyet hakkının bir *jus cogens* kuralı olduğunun uluslararası hukukta oldukça tartışmalı olmasıdır.⁹⁶ Her ne kadar, İHAS'a ekli 20 Mart 1952 tarihli bir numaralı Protokol'ün de içinde bulunduğu bir çok uluslararası belgede mülkiyet hakkına yer verilmiş ise de, mülkiyet hakkı hiç bir şekilde bir *jus cogens* norm seviyesine ulaşmamıştır. Dolayısıyla mahkemenin mülkiyet hakkının ihlâl edilmediği sonucuna varmasına, bizatihi bu hakkın bir *jus cogens* kuralı olarak kapsamının ve çerçevesinin tespitiindeki zorluğun da sebep olduğu kanatindeyiz. Öte yandan mahkeme, geliştirmeci bir yorumu tercih ederek, mülkiyet hakkına malvarlığının dondurulması şeklindeki bir müdahalenin, bireylerin temel beslenme ve yaşama standartlarını içerebilecek olan insan onuruna saygı temelinde yaklaşabilir ve yaptırımlara karşı getirilen etkisi sınırlı bazı imkânları bu çerçevede tartışabilirdi.

Başvurucuların savunma hakkının ihlâl edildiği iddaları da ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Mahkeme, Tüzükleri kabul eden Konsey'in başvuruçuların savunma hakkını ihlal ettiği iddiasını, Konsey'in Güvenlik Konseyi kararlarını olduğu gibi Topluluk hukuk düzenine aktardığı, başvuruçuların itirazlarını dinleseydi bile takdir yetkisi olmadığından Tüzük'de bir değişiklik olmayacağını, bu nedenle böyle bir hakkın AB kurumlarına karşı ileri sürülemeyeceği gerekçesi ile reddetmiştir.⁹⁷ Mahkeme savunma hakkının Güvenlik Konseyi ve yaptırım komitesi önünde kullanılmadığı şeklindeki iddaları da reddetmiştir. Mahkeme ilk olarak, yine Güvenlik Konseyi ve yaptırım komitesi önünde yukarıda etkisinin sınırlı olduğunu belirttiğimiz mekanizmaların varlığının yeterli olduğunu gerekçe olarak belirtmiştir. Mahkemenin savunma hakkının ihlali iddiasını reddederken ileri sürdüğü ikinci argüman, savunma hakkının uluslararası hukukun *jus co-*

⁹⁶ Detaylı bir çalışma için bkz., Stefan KADELBACH, “*Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules- The Identification of Fundamental Rules*”, Jean- MarcThouvenin & Christian Tomuschat (ed), *Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Laiden/Boston, 2006, s. 28.

⁹⁷ Case T- 315/01, para. 258-259,

gens niteliğinde bir kuralı olmadığıdır.⁹⁸ Burada da mahkeme, bu kanaate nasıl vardığını açıklamamıştır. Yerine, nasıl ve hangi temelde emredici bir kuraldan doğduğunu açıklamadığı savunma hakkının, hangi durumlarda sınırlanabileceğini açıklamaya çalışmıştır.⁹⁹

Nihayet ilk derece mahkemesi, etkili bir hukuki yola başvuru hakkının ihlâl edildiği iddiasını da reddetmiştir. Mahkemenin bu iddiaları red gerekçeleri de zayıftır. İlk olarak mahkeme yine, etkili bir hukuki başvuru yolu hakkının bir *jus cogens* kural olup olmadığını hiç tartışmamıştır. Savunma hakkını ilişkin iddiaları red gerekçesinde olduğu gibi, bu hakkın hangi koşullar altında sınırlanabileceğini ve bireylerin bu hakkı kullanamamasının, olayın şartlarına göre (güvenlik söz konusu olduğunda kamu menfaati), bu sınırların içinde kaldığını belirtmiştir.¹⁰⁰ Bir diğer dikkat çekici nokta, mahkemenin, başvuru-
ların Topluluk hukuku kapsamında derdest davayı açabilme imkanlarının etkili bir hukuki yol olduğunu belirttikten sonra¹⁰¹, dolaylı olarak incelemeye yetkili olduğunu kabul ettiği Güvenlik Konseyi kararına temel olan maddi vakıaları inceleme yetkisinin olmadığına karar vermesidir.¹⁰² Bir tasarrufun hukuka uygunluğunu denetleme yetkisine sahip olduğunu ama tasarrufun dayanağı olan maddi temelleri değerlendirmeye yetkili olmadığını ilan etmek, bir yargı yerinin etkili olmadığını kendisi tarafından ilan edilmesi demek olduğu kanaatindeyiz. Mahkeme bu tavrı ile başvuru-
culara veya benzer iddialarla dava açacak muhtemel başvuru-
culara ‘yetkiliyim ama etkisizim’ demektedir.

Temyiz aşamasında AD, başvuru-
cuların savunma hakkının ve etkili bir hukuki yola başvurma hakkının ihlâl edildiğine, mülkiyet haklarına yapılan müdahalenin ise esasen ihlâl oluşturmadığına ancak savunma hakkının ve etkili bir hukuki yola başvurma hakkının kullanılamamasının mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi de incelenemez hale getirdiği gerekçesi ile mülkiyet hakkının da ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, AD bu ihlâl kararlarını verirken, yargı

⁹⁸ Para. 268

⁹⁹ Para. 273-275

¹⁰⁰ Para. 287-289.

¹⁰¹ Para. 278-279.

¹⁰² Para. 284.

yetkisini tümüyle AB'nin insan haklarının korunmasına ilişkin norm ve standartlarına dayandırmıştır.

AD, temel hak ve özgürlüklerin korunması -davaya konu haklar açısından da savunma hakkının ve etkili başvuru hakkının korunması ilkesinin, Topluluk hukukunun, üye devletlerin -İHAS'ın 6. ve 13. maddelerince de garanti altına alınan- ortak anayasal teamüllerinden ve AB Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesi hükmünden oluşan genel bir ilkesi olduğunu belirtmiştir.¹⁰³ AD daha önce önüne gelen savunma hakkı ve etkili başvuru yolu ile ilgili davalarda bir hak ihlali olup olmadığına, üye devletlerin ulusal koruma standartları ve İHAS hükümlerine atıf yaparak ve -önündeki davanın özelliklerine göre- bu standart ve hükümleri uygulayarak karar vermiştir.¹⁰⁴

AD yerleşik içtihadına uyarak, 881/2002/EC sayılı Tüzüğe eklenen ve başvuruçuların isimlerini içeren listelerin hangi esaslara dayanılarak oluşturulduğu konusunda başvuruçulara herhangi bir bilgi verilmemesinin başvuruçuların savunma hakkına aykırılık oluşturduğunu tespit etmiştir.¹⁰⁵ Haklarında yaptırımlar uygulanan kişilere bu yaptırımlar konusunda daha sonra muhtemel bir yargı yoluna başvurabilme olanağı tanıyacak imkanların ve maddi dayanakların ilgili Tüzük'te yer almaması, AD'ye göre, etkili bir hukuki başvuru yolu hakkının ihlâl edilmesi sonucunu doğurmaktadır.¹⁰⁶

Tüzük ile getirilen önlemlerin mülkiyet hakkını ihlâl ettiğine ilişkin iddiaları, AD, İHAS'a Ek 1 nolu Protokol hükümleri çerçevesinde değerlendirmiştir. Buna göre, yaptırımların mülkiyet haklarının ihlâl edildiğini öne süren kişilerin bu haklarının özünü ortadan kaldıracak şekilde orantısız olup olmadığının ve müdahalenin sonradan bu hakkın özünü giderilemeyecek şekilde ortadan kaldırıp kaldırmadığının tespiti gerekmektedir.¹⁰⁷ AD, davanın şartlarına göre, müdahalenin orantılı olduğuna ve hakkın özünü giderilemeyecek şekilde ortadan

¹⁰³ Case 402-415/05 P,

¹⁰⁴ Bu haklar AB hukuku altında temel haklar olarak sınıflandırılmıştır. Emsal kararlar için, bkz. Case 222/86, *Heylens and Others*, [1987] ECR 4097, para. 15; Case C- 213/02 P, *Dansk and Others v. Commission*, [2005] ECR 5425, para. 463-463; Case C- 28/05, *Dokter and Others*, [2006] ECR 5431, para. 73-75; Case C-432/05, *Unibet*, [2007] ECR 2271, para. 37.

¹⁰⁵ Case 402-415/05 P, para. 337, 345-347.

¹⁰⁶ Para. 350-353.

¹⁰⁷ Para. 357.

kaldırmadığına karar vermiştir. AD'ye göre, önlemlerin geçici mali önlemler olması, müdahale ile ulaşılmak istenilen amaç -yani uluslararası barışı koruma ve terör eylemlerine engel olmaya karşılık gelen uluslararası toplumun menfaatleri (*public interest*)- arasında orantılılık olması, başvuruçuların mülkiyet hakkı ihlali iddialarını temelsiz kılmaktadır.¹⁰⁸

Bununla birlikte, AD, başvuruçuların maddi hukuktan doğan ihlâl konu mülkiyet haklarına ilişkin iddialarını Topluluk kurumları önünde ileri sürme imkanını verebilecek usuli haklardan yoksun bırakılmalarını dikkate alarak, mülkiyet hakkının da -bu açıdan- ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹⁰⁹

IV. Sonuç

Kamu gücünün ve kamusal kurumların yetkilerinin, hukukun üstünlüğü ilkesinin gözetilerek kullanılmasının biricik koşulunun, hukuka uygunluk ve bir tasarrufun hukuka uygun olup olmadığının yargısal denetimi olduğu, uluslararası toplumunun en önemli aktörleri olan devletler ve uluslararası/uluslarüstü örgütlerce kabul edilmiştir. BM de kurucu belgesi olan Şart'ın verdiği kamu gücünü, yine bu Şart'ın hükümlerine göre Güvenlik Konseyi aracılığıyla kullanan ve amacı 'milletlerarası barışı ve güvenliği korumak' ve 'temel hak ve özgürlüklere riayeti geliştirmek' olan bir uluslararası kamu hukuku kişisi olduğuna göre, tasarruflarında hukuka uygun davranmak zorundadır. BM Güvenlik Konseyi'nin, terör eylemleri ile milletlerarası barışı ve güvenliği tehdit eden teröristlere ve terörist yapılara yardım eden veya onlarla işbirliği içinde olan kişi ve kuruluşlara karşı akıllı yaptırım tasarruflarını kabul etmesi ve bu tasarrufların uygulanmasını sağlaması da, Şart'ın amaçlarını gerçekleştirmek için Güvenlik Konseyi'ne verilen yetkiye dayanmaktadır.

Bununla birlikte, BM Şartı'nda temel hak ve özgürlüklere riayetin amaç olarak belirtilmesi ve bu amacın gerçekleştirilmesi için bir takım hükümler getirilmesi, Güvenlik Konseyi'nin diğer her türlü tasarrufu yanında akıllı yaptırım kararlarında da temel hak ve özgür-

¹⁰⁸ Para. 358-363.

¹⁰⁹ Para. 368.

l klere riayet etmesini gerektirmektedir. BM Güvenlik Konseyi, terörün finansmanını engellemek için kişiler üzerindeki yaptırımları kabul edip uygulamasına BM  artı'nın VII. bölüm hükümlerini dayanak olarak alırken, bizatihi BM Bildirgesi ve sözleşmelerinin, temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacaklarını düzenleyen ve maddi haklar yanında, bireyleri kamu gücü karşısında usuli haklar ile de koruyan hükümlerini de -söz konusu yaptırımların kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmemesini sağlayacak şekilde- görev ve yetkisi gereği dikkate almalıdır. Dahası, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin kuralların, MAD dahil mahkemeler ve uluslararası toplum tarafından, bir uluslararası insan hakları örf ve adet hukuku olu turdu unun (en azından bazı hak ve özgürlükler için) kabul  karşısında, BM Güvenlik Konseyi'nin, temel hak ve özgürlüklere riayet yükümlülüğü sadece uluslararası sözleşmelerden doğan bir yükümlülük değil ama aynı zamanda örf ve adet hukukundan da doğan bir yükümlülük olmaktadır.

Güvenlik Konseyi'nin -BM belgeleri ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine rağmen- temel hak ve özgürlüklere aykırı tasarruflarının yargısal denetiminin BM sistemi çerçevesinde yapılması mümkün gözükmemektedir. MAD'ın Güvenlik Konseyi kararlarını doğrudan doğruya denetleme yetkisi yoktur. Ayrıca, Güvenlik Konseyi'nin akıllı yaptırım kararlarına karşı bireysel başvuru yolu da kapalıdır. Bununla birlikte, bir devlet başvurusu veya bir danışma g r    vasıtası ile, MAD'ın bir akıllı yaptırım kararının temel hak ve özgürlüklere aykırılı ını tespit etmesi imkânı vardır. Netice olarak, MAD'ın dolaylı denetimi yolu ile Güvenlik Konseyi'nin temel hak ve özgürlüklere riayet etmesi belki ancak siyasal koşullara bağlı olarak beklenebilir; ancak hukuken Güvenlik Konseyi'ni temel hak ve özgürlüklere riayet etmeye zorlayacak mekanizmalar henüz yoktur.

BM sistemindeki bu eksikliğin giderilmesi iki açıdan gereklidir. Birincisi, Güvenlik Konseyi'nin güvenirliği ve kararlarının uygulanması için, akıllı yaptırım türü kararların, devletler ve uluslararası toplum tarafından kabul edilmiş temel hak ve özgürlüklerin koruma standartlarına uygun olması gerekir. Aksi takdirde bu önlemlerden beklenen sonuç alınamayabilir. İkincisi, AT mahkemeleri gibi uluslararası yargı yerlerinin denetimine tâbi tutulma ihtimali, bu önlemlerin uygulanma kabiliyetinin zayıflamasına sebep olabilecektir. Zira AT mahkemeleri-

nin veya İHAM'ın, önlemlerin hukuki niteliği ve geçerliliği hakkında yaptığı tespitler, muhtemel başka Güvenlik Konseyi kararları için yargı yetkisi ve denetimin kapsamının farklılaşabileceği şeklinde okunmalıdır. AD'nin *Kadi* kararındaki, BM seviyesinde veya uluslararası hukuk çerçevesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin standart ne olursa olsun, Topluluk hukukundan doğan yargı yetkisini kullanacağına dair tespiti akıllı yaptırımlar rejimi için ciddi bir uyarıdır.

Öte yandan AB hukuku açısından, Güvenlik Konseyi kararlarının nitelikleri ve kararların temel hak ve özgürlüklere aykırılığının denetiminde tartışmalı noktalar vardır. Bir kere, Güvenlik Konseyi kararlarının Topluluk hukuk düzenine aktarılırken dayanak olarak kullanılan ATA hükümlerinin gereken yetkiyi içermediği kanaatindeyiz. Topluluk andlaşmalarında 'uluslararası barışın ve güvenliğin korunması' gibi bir amaç tanımlanmadığı için, ATA m. 308'i, böyle bir amacın ihdas edilmesi veya AB andlaşmasının ortak dış işleri ve güvenlik politikası hükümlerindeki amaçları gerçekleştirmek için kullanılması, bu maddenin çizdiği yetki çerçevesini aşmaktadır. Nitekim, AD'nin Güvenlik Konseyi kararlarının AB hukuk düzenine aktarılmasındaki bu yetki aşımı iddiasını tatmin edici bir gerekçe ile karşılayamadığından da olsa gerek, Lisbon Andlaşması'nın 75 ve 215. maddeleri ile, doğrudan doğruya üçüncü bir devletin yönetimi ile ilişkili olmayan kişi ve kuruluşlara karşı önlemler alınabilmesine dayanak sağlayacak farklı yetki hükümleri getirilmiştir.¹¹⁰

İkinci olarak, ilk derece mahkemesinin önlemlerin denetimini, temel hak ve özgürlüklere riayetini ve onları korumanın uluslararası hukukun bir *jus cogens* kuralı olarak tespit ederek yapması da, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının yeterli bir şekilde yapılamaması sonucunu doğurmuştur. Örneğin savunma hakkına ilişkin ihlal iddialarını değerlendirirken mahkeme, savunma hakkının bir emredici hukuk kuralı olarak korunması için dayanak bulamadığından, Topluluk kurumlarının Güvenlik Konseyi'nin aldığı önlemleri uygularken hiçbir takdir yetkisi olmadığını belirterek, düşük düzeyli bir koruma ve denetim yapmak zorunda kalmıştır. Dahası, Topluluk kurumlarının Güvenlik Konseyi kararları ile getirilen önlemlerin savun-

¹¹⁰ Lisbon Andlaşması ve ilgili maddeler için bkz., <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:EN:HTML>, 2 Ekim 2009.

ma hakkını ortadan kaldıracak şekilde orantısız olup olmadığına ve ya uygun olup olmadığına karar vermekte takdir yetkileri yok ise, kendisi de bir Topluluk kurumu olan ilk derece mahkemesi savunma hakkı ihlalini konu alan söz konusu başvuruyu neye dayanarak incelemektedir? Halbuki temel hak ve hürriyetlere riayet rahatlıkla bir örf ve adet hukuku olarak kabul edilip, yargı yetkisi bu kurallara, dolayısıyla, örf ve adet hukuku oluşturulmasına dayanak olan uluslararası sözleşmelere ve burada ayrıntıları ve sınırları belirlenmiş temel hak ve özgürlüklere dayandırılabilirdi. Yine mülkiyet hakkının korunmasında da, bu hakkın korunmasının emredici hukuk kurallarının bir gereği olduğu uluslararası hukukta kabul edilmediğinden yüzeysel kalan ilk derece mahkemesinin denetimi, örf ve adet hukukuna dayandırılabilir ve bir mülkiyet hakkı ihlali olup olmadığı daha sağlam ve açık temellere dayandırılabilirdi.

Diğer bir önemli nokta da, AD'nin yargı yetkisini belirlerken ve temel hak ve özgürlükler için etkili bir koruma düzeyi sağlarken, sert ve uluslararası hukuk –Topluluk hukuku çatışmasını çok fazla hesaba katmayan Topluluk hukuku temelli yaklaşımıdır. Bu tavrın ilk derece mahkemesinin Topluluk hukukunu bir kenara bırakan tehlikeli içtihadına karşı gösterilmiş aşırı bir refleks olduğu söylenebilirse de, bundan öteye negatif etkiler yaratabileceği düşüncesindeyiz.

Bir kere, AD'nin Güvenlik Konseyi kararlarına karşı BM düzeyinde temel hak ve özgürlüklere riayete ilişkin bir denetim olmadığından dolayı yargı yetkisini kullanacağını belirtmesi, AB içinde, üye devlet yüksek mahkemeleri ile AD arasında yapılan *Solange* tipi karşılıklı içtihadı bir mutabakata karşılık gelse de, yukarıda AD'nin *Kadi* kararında alıntılanan ifadelerinden, BM düzeyinde gelecekte muhtemel bir denetim söz konusu olması halinde bile, AD'nin BM kurumları ile böyle bir mutabakata yanaşmayacağı anlaşılmaktadır.

AD'nin içtihadında, uluslararası/uluslararası örgütlerin kurumları arasında denetim yetkisi konusunda gerilime sebep olabilecek diğer bir unsur ise, uluslararası insan hakları hukukunu, o arada uluslararası insan hakları örf ve adet hukukunu, hiç zikretmemiş olmasıdır. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında yüksek bir standart sağladığı göz önünde tutulduğunda, AD'nin Topluluk hukukunu esas alması haklı görülebilir. Ancak AB üyesi devletlerin oluşturduğu BM hukuk düzeninden Topluluk hukukuna aktarılan ve

Topluluk kurumlarınca olduğu gibi kabul edilip çıkartılan tasarrufların temel hak ve özgürlüklere aykırılığını denetlerken AD, denetimin meşruiyetini ve geçerliliğini sağlamak için kendi anayasal temellerine dayandığı kadar, uluslararası hukuka da dayanmalıdır. Zira üye devletler ve AB, Güvenlik Konseyi'nin öngördüğü önlemleri BM belgeleri ve uluslararası hukuk temelinde almaktadır. Bu önlemlerin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine aykırı olup olmadığına ilişkin değerlendirmede, en azından önlemlerin bağlamından kopartılmaması adına, uluslararası hukuk da dikkate alınmalıdır.

Kabul etmek gerekir ki, yukarıda göstermeye çalıştığımız bazı aksayan noktalar saklı kalmakla birlikte, Güvenlik Konseyi'nin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine getirdiği kısıtlamaların yargısal denetiminin AB hukuku temelinde yapılması şu an en etkili yoldur. Bununla birlikte, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında denetime esas alınacak kuralların belirlenmesi (*jurisdiction*) için yapılan hukuki muhakemenin, çoğulcu bir hukuk anlayışı temelinde yapılması yerine, AB hukuk düzeninin anayasal niteliklerini fazlaca öne çıkaran bir anlayışı esas alarak yapılması, hem temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin evrensel standartların bir örnekliliğine zarar verebilir, hem de önlemlerin etkin bir şekilde uygulanması ile temel hak ve özgürlüklerin korunması arasındaki hassas dengeyi bozabilir.