

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,
Sözleşme'nin Yer Bakımından Kapsama Alanını Belirlerken,
Barış Çağrısı mı, Yapıyor?
Yoksa Emperyalist Savaşların Yolunu mu Açıyor?**

Güney Dinç

(Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 15. Ocak 2010)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden kimlerin yaralanacağı konusu, "kişi" ve "yer" ölçeklerinde birinci maddede ele alınmıştır. Anılan maddeye göre:

"Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi yetki alanları içinde bulunan herkese işbu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanınırlar."

Sözleşme'nin yer bakımından kapsama alanı, dar anlamda ülke sınırları içinde kalan yerlerdir. Bu açıdan ülke sınırlarından taşmayan uyumsuzlukların çözümünde büyük sorunlarla karşılaşmamaktadır. AİHM, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında "yetki alanı uygulaması, bir sözleşmeciler devletin Sözleşme'de belirlenen hak ve özgürlüklerin çiğnendiği savlarına neden olan, kendisine yüklenebilecek nitelikteki eylem ve ihmallerden sorumlu tutulabilmesi için gerekli bir koşuldur." demektedir. (Ilascu ve Diğerleri / Moldova ve Rusya, 2004)

Siyasal yapılanmaları bakımından federasyon biçiminde örgütlenen devletlerde aşılacak hukuksal güçlükler bulunmamaktadır. AK üyesi devletlerin önemli bir bölümü federasyonlardan oluşmaktadır. Sözleşme'de, federasyonlar konusunda ayrıksı düzenlemeler yer almamaktadır. Bu ülkelerde başka devletlerin egemenliği olmadığına göre, federe devletlerdeki uygulamaların sorumluluğu, üst örgen konumundaki federal devletlere ait bulunmaktadır. Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra, gerek Rusya'da, gerekse bu birlikten ayrılıp Avrupa Konseyi'ne katılan bir çok ülkede, Nahcivan, Acaristan gibi özerk cumhuriyetler, Abhazya, Tataristan, Çeçenistan gibi özel yönetimler altındaki tam bağımsızlığa dönüşmemiş yapılanmalar yer almaktadır. Mahkeme, AK'nin bu koşullardaki yeni üyeleri açısından Sözleşme'yi uygulama yükümlülüğünün egemenliği elinde bulunduran devletlere ait olduğunu belirten kararlar almaktadır. Örneğin, Acaristan özerk yönetimi eliyle gerçekleşen insan hakları ihlallerinden Gürcistan, Çeçenistan'daki ihlallerden Rusya Cumhuriyeti sorumlu tutulmaktadır. Ancak son zamanlarda bu alanda da önemli karışıklıklar yaşanmaktadır. Örneğin Gürcistan'ın bir parçası olan Abhazya'da egemenlik kimin elindedir? Rusya'nın mı, Gürcistan'ın mı, yoksa Abhazya yönetiminin mi? Elbette her olaya kendine özgü koşullar içinde ön yargısız ve adaletli çözümler getirme olanağı vardır.

Asıl sorunlar, devletlerin kendi ulusal sınırları dışındaki etkinliklerinin 1. madde karşısında nasıl değerlendirileceği konusundaki belirsizlilerden kaynaklanmaktadır. Devletlerin sınır aşırı etkinlikleri çeşitli alanlardaki kamu görevlilerinin sonuç getiren işlemleri olabileceği gibi, farklı boyutlardaki askeri müdahaleler ve hatta savaşlar olabilmektedir. AİHS, bu tür uyuşmazlıkların tümünü çözmeye elverişli kurallar içermekte midir? Sözleşme'nin temel insan hakları çerçevesinde belirginleşen etkinlik alanı, bu denli geniş yetkilerle donatılmış mıdır? Gerçekte Sözleşme'nin öngördüğü işlevsel seçenekler, Sözleşme ihlalini veya böyle bir olasılığın bulunmadığını saptamak açısından son derece sınırlıdır. AİHM'nin de, genelde barış koşullarında görev yapmak üzere kurulmuş bir organ olarak, yaşanan savaşların sonuçlarını değerlendirmeye ve bunlara çözüm getirmeye yetkili olup olmadığı öncelikle tartışılması gereken bir konudur. Mahkeme'nin araştırma ve yorum olanaklarının bu amaçları sağlamakta ne ölçüde yarar sağlayacağını da, göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, 1. maddeyi yorumlarken, zaman zaman çok çelişkili kararlar verdiği gözlenmektedir. Bu tür kararlar, Mahkeme'nin uzun yıllar süren özenli çalışmaları ile kazandığı güveni sarsacak boyutlarda sakıncalar içermektedir. Mahkeme kararları arasında dengeli ve adaletli bir uyumun sağlanamaması durumunda, Sözleşme'nin ve öngördüğü işleyişin inandırıcılığı açısından önemli sorunlarla karşılaşılacağı açıktır. Bu konulardaki belirsizliklerin Sözleşme'nin genel ilkeleri ve işleyiş yöntemleri içinde giderilmesi zorunludur.

Devletlerin kendi ulusal toprakları dışındaki etkinliklerini, Mahkeme'nin bu tür başvurular karşısındaki tutumunu, yakın zamanlarda yaşanan somut olaylar nedeniyle ulaşılan kararlardan alacağımız örneklerle açıklamaya çalışacağız:

I- Loizidou / Türkiye Kararları İle Gelişen Kıbrıs Başvuruları:

Türkiye açısından çok ağır sonuçları bulunan Loizidou davasında AİHM, gerçek anlamda bir içerik incelemesi yapmadan Türkiye'nin Kıbrıs'a asker çıkarmasının sonuçlarını değerlendirmiştir. Mahkeme, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti topraklarında etkin denetim uygulayan otoritenin Türkiye olduğunu vurgulayarak AİHS'nin 1. maddesindeki "jurisdiction" terimini geniş olarak yorumlamıştır. Türkiye'nin yetki alanı içerisinde kabul ettiği topraklarda ortaya çıkan Sözleşme ihlalleri bakımından uluslararası sorumluluğun KKTC'ye değil, etkin denetim uygulayan Türkiye Cumhuriyeti'ne yüklenebileceğine karar vermiştir.

Loizidou davasının ilk iki aşamasında Mahkeme, Türkiye'yi sorumlu kılacak gerekçeleri oluşturmuştur. İlk itirazların tartışıldığı birinci kararda, Türkiye'nin bireysel başvuru sürecini açarken ileri sürdüğü çekincelerinin tümü geçersiz bulunmuştur. Tam bağlayıcı olmamakla birlikte bu uyuşmazlığın varacağı yer de, ilk kararda AİHK'nun görüşünün verildiği iki kısa tümce içinde özetlemiş bulunuyordu:

“58. Bu konuda Komisyon Loizidou’nun mülküne ulaşamamasına, Kuzey Kıbrıs’ta bulunan ve sınır bölgesinde baştan sona denetim kuran Türk askeri güçlerinin varlığının neden olduğu görüşündedir. Bu nedenle bu engelleme, Türkiye’nin neden olduğu bir sorundur.”

AİHM, olayın incelenmesinde bazı öncelikler saptamıştır. Bu tutumu ile AİHK’ndan farklı bir yol izlediği görüntüsünü vermiştir. Mahkeme, başvurunun yakındığı eylemler nedeniyle, “Türkiye’nin Sözleşme’ye göre gerçekten sorumlu olup olmadığı konusunu” ilk itirazların incelenmesiyle ilgili görmemiştir. “Kıbrıs’ın kuzey bölgesindekine benzer durumlarda, Sözleşme’ye göre devletin sorumluluğunu düzenleyen temel ilkelerin belirlenmesini” de yargılayanın özünü oluşturması nedeniyle sonraki aşamalara ertelemiştir. Araştırmasını “Türkiye’nin her ne kadar ulusal toprakları dışında meydana gelmiş olsa da, başvurunun şikayetçi olduğu olayların bu devletin ‘egemenlik yetkisi’ içine girip girmediğini belirlemekle sınır”landırmıştır.

Karardan aktardığımız son tümce, bu araştırmamızın özünü oluşturmaktadır. Böylece Türkiye’nin Kıbrıs’a asker çıkarmasını AİHM’nin nasıl değerlendirdiğini kendi söylemi ile saptamış olacağız. Karar şöyle gelişmektedir:

“62. Bu noktada Mahkeme, her ne kadar Sözleşme’nin 1. maddesi Sözleşme’nin uygulama alanına sınırlar getirmekten de, bu hükme göre "egemenlik yetkisi" kavramının, sadece Taraf Devletlerin ulusal topraklarıyla sınırlı olmadığını hatırlatır. Örneğin Mahkeme’nin yerleşmiş içtihadına göre, bir kişinin sözleşmeci bir devlet tarafından iade edilmesi veya sınır dışı edilmesi Sözleşme’nin 3. maddesi bakımından bir sorun doğurabilmekte ve dolayısıyla devletin sorumluluğuna yol açabilmektedir. Ayrıca, ister kendi ulusal sınırları içinde isterse dışında yapılsın, Sözleşmeci Devletin toprakları dışında sonuç doğuran kamu makamlarının eylemleri nedeniyle sorumluluğu ortaya çıkabilmektedir (*bk. Drozd ve Janousek - Fransa ve İspanya, parag. 91*).

Sözleşme’nin konusu ve amacı göz önünde tutulduğunda, ister hukuki isterse hukuk dışı askeri bir hareketin sonucunda kendi ulusal sınırlarının dışındaki bir alanı etkili bir biçimde denetimi altında tutan bir devletin, o bölgede sorumluluğu doğabilir. Böyle bir bölgede, Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlükleri devletin koruma yükümlülüğü bu tür bir denetimden doğar; bu denetim kendi silahlı kuvvetleri aracılığıyla doğrudan uygulanabileceği gibi, kendine bağımlı bir yerel yönetim aracılığıyla da uygulanabilir.

63. Bu bağlamda davalı Hükümet, Bayan Loizidou’nun mallarının denetimini kaybetmiş olmasının, Kıbrıs’ın Kuzey bölgesinin Türk askerleri tarafından işgal edilmiş olmasından ve bu bölgede KKTC’nin kurulmuş olmasından kaynakladığını kabul etmektedir. Ayrıca, Türk askerlerinin başvurunun mülküne ulaşmasını engelledikleri de tartışmasız bir konudur.

64. Sonuç olarak bu tür eylemler, Sözleşme’nin 1. maddesine göre Türkiye’nin "egemenliğine" girmektedir. Şikayet edilen olayların Türkiye’ye yüklenebilir olup olmadığı ve devletin sorumluluğuna yol açıp açmadığı, Mahkeme tarafından esasın incelenmesi aşamasında karar bağlanacaktır.

(Loizidou / Türkiye, 1995) ¹

¹Osman Doğru, Sibel İncoğlu, <http://aihm.anadolu.edu.tr/>

Mahkeme böyle bir yöntemi seçmekle, nasıl bir karar vermeye hazırlandığını da işin başında ortaya koymuş oluyordu. Mahkeme, bu karardan bir yıl sonra uyuşmazlığın özünü değerlendirirken, aşağıdaki gerekçelere dayanıyordu :

“Türkiye’nin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yönetiminin eylemleri ve politikaları üzerinde gerçekten ayrıntılı bir denetim kurup kurmadığı konusunun araştırılması gereksizdir. Geniş çaplı askeri birliklerin Kıbrıs’ta üslendikleri etkin görevlerden açıkça şu sonuç çıkmaktadır. Türk ordusu Ada’nın o kısmı üzerinde etkili, genel kapsamlı bir denetim uygulamaktadır...Sahip olduğu etkili kontrol nedeniyle Türkiye’nin sorumluluğu, bu destek sonucunda ayakta kalabilen yerel yönetimin eylemlerini de kapsamaktadır.”

(Loizidiou / Türkiye, 1996 esas karar)²

AİHM için bu davanın gerçekten güç yanı, AK üyesi iki devletin egemenlik haklarının ve sınırlarının tartışıldığı bir karar vermek durumunda kalmasıydı. Ancak mahkeme, kararında, çok sayıda uluslararası hukuk belgesini dayanak gösterirken, Kıbrıs devletinin kuruluşuna temel olan sözleşmeleri, 1974 yılı öncesindeki Kıbrıs hukukunu incelemeye bile gerek görmemiştir. Mahkeme’nin asıl yanılması ise, çok yönlü politik bir konuyu, yanlardan birini baskı altına alarak mülkiyet hakkı bağlamında çözmeye kalkışmasıdır.

Yukarıda özetlenen kararlardan çıkardığımız sonuçlar kısaca şöyle olmaktadır :

- Türk Ordusu’nun konuşlandığı Kuzey Kıbrıs, Türkiye’nin "egemenlik yetkisi" içinde bulunmaktadır.
- Türkiye’nin kuruluşunu gerçekleştirdiği KKTC, kendi başına kararlar alabilen bağımsız bir devlet değildir
- İster hukuki isterse hukuk dışı olsun, askeri bir hareketin nedenlerinin Mahkeme’ce değerlendirilip tartışılmasına gerek bulunmamaktadır.

Yukarıda da değindiğimiz gibi AİHM’nin, barış koşullarında görev yapmak üzere kurulmuş bir organ olarak yaşanan savaşların sonuçlarını değerlendirmeye ve bunlara çözüm getirmeye yetkili olup olmadığı tartışılması gereken bir konudur. AİHS bu tür uyuşmazlıkları çözmeye elverişli değildir. Etkinlik alanı, yetkileri, olanakları son derece sınırlıdır. Mahkeme, Kıbrıs davalarında kendi varlığını aşan çözümlere yönelmiştir. Bu tutum, hukuku genişletip ilerleten bir girişim olarak değerlendirilebilirdi. Ancak Kıbrıs Cumhuriyeti, iki ulusun kararı ile kurulmuştur. Böyle bir durumda

²Loizidiou / Türkiye, 1996 esas karar)

Mahkeme, 1959 yılında Türkiye ve Yunanistan hükümetleri arasındaki Zürih konferansında alınan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulması kararını, Türkiye, Yunanistan ve İngiltere ile iki ulusun temsilcilerinin katılımıyla 1960 yılında gerçekleştirilen Londra Konferansı'nda bağitlanan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin temel ilkeleriyle birlikte Garanti ve İttifak Anlaşmaları'nı göz önünde bulundurmalıydı. Mahkeme'nin Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın hangi koşullarda oluştuğunu, Garantör devlet statüsünü ve yetkilerini öncelikle inceleyip değerlendirmesi gerekiyordu. Bu koşulların araştırılması, garantör devletin yetkilerini kullanmak zorunda bırakılmasında Kıbrıs Cumhuriyeti'nin sorumluluğunun saptanması zorunluluk taşıyordu. Ada'nın bir bölümünde Kıbrıs Cumhuriyeti'nin varlığının sonlandırılıp yerine Türk Ordusu'nun denetimi altında yeni bir yönetimin getirilmesinden sonra ortaya çıkabilecek yeni insan hakları ihlallerinin sorumlusu elbette egemenlik yetkisini elinde bulunduran devlet olacaktır. Ancak bu olgu, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin uluslararası hukuka aykırı eylem ve girişimlerinin sorumluluğunu içermemektedir. Mahkeme'nin "Bayan Loizidou'nun mallarının denetimini kaybetmiş olmasının, Kıbrıs'ın Kuzey bölgesinin Türk askerleri tarafından işgal edilmiş olmasından ve bu bölgede KKTC'nin kurulmuş olmasından kaynakladığı" yolundaki yaklaşımı, hukuk dışı girişimlerin neden olduğu görüntüye boyun eğmek anlamında kalıyordu.

İzleyen yıllarda da garantör devlet silahlı kuvvetlerinin Ada'daki varlığını sürdürmesi, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin, kuruluşundaki koşullara dönüp dönmediğine bakılarak değerlendirilmesi gereken bir konuydu. Bu değerlendirmenin sonucunda, Ada'daki insan hakları ihlallerinin sorumluluğu, garantör devlete değil, doğrudan Kıbrıs Cumhuriyeti'ne yüklenebilecektir. Ancak AİHM böyle bir incelemeye yanaşmadan işin kolayına kaçmayı yeğlemiştir.

AİHS bu kadar yüzeysel biçimde yorumlanırsa, hiçbir sorun çözülemez. Daha da ötesi yaşanan olayların nedenleri, ilgilendirildikleri hukuk kuralları ve bu kurallara aykırı davranışların sorumlulukları gözetilmediği durumlarda, gerçek anlamda bir yargılamanın varlığından da söz edilemez.

2- Belgrat'ın NATO Uçaklarınca Bombardmanı

Loizidou davası kararından sonra başka ülkelerin sınıraşırı etkinliklerinde Mahkeme'nin farklı değerlendirmeler içinde olduğu gözlenmektedir. Bu konudaki en ilgi çekici örnek, Yugoslavya'daki savaş sırasında 23 Nisan 1999 günü Belgrat'taki RTS'ye ait radyo televizyon binalarından birisinin NATO uçaklarından atılan füzenin çarpması sonucunda yıkılmasıdır. Olayda bir çok kurum çalışanı ölmüş ve yaralanmıştır. Ölenlerin yakınları ve yaralananlar, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu AK ve NATO üyesi 17 ülke hakkında başvuruda bulundular. Bu davada, söz konusu ülkelerin kendi ulusal sınırları dışında geçen hava saldırısı nedeniyle Sözleşme'nin 1. maddesi bağlamındaki sorumlulukları tartışıldı. Mahkeme, Sözleşme'nin "...onu yazanların 40 yıl önceki beklentileri doğrultusunda yorumlanamayacağını", Sözleşme'nin onaylanmasından bu yana "Devlet pratiğinin, Sözleşmeciler Devletlerin bu davaya benzer davalar bağlamında ülke dışı sorumluluk endişesi taşımadıklarını gösterdiğini" vurguladığı kararında, aşağıdaki gerekçeler üzerinde durmuştur:

"(c) Egemenlik yetkisinin kullanılması olarak kabul edilen ülke dışı eylemler

67. Mahkeme, egemenlik yetkisinin esas itibarıyla ülkesel olduğu anlayışını korumakla birlikte, sadece istisnai durumlarda Sözleşmecî Devletlerin ülkelerinin dışında yaptıkları veya ülke dışında sonuç doğuran eylemlerinin, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında egemenlik yetkisinin kullanılması olarak görülebileceğini kabul etmiştir.

70. Bundan başka Mahkeme, *Lozidiou (ilk itirazlar)* kararında, Sözleşme'nin amacını ve konusunu akılda tutup, Sözleşmecî bir Devletin, hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak, askeri bir hareket sonucu kendi ülkesi dışında bir bölgede etkili bir kontrole sahip olması halinde sorumluluğunun doğabileceğini belirtmiştir. Böyle bir bölgede Sözleşme'deki hakları ve özgürlükleri koruma yükümlülüğü, davalı Devletin silahlı kuvvetleri vasıtasıyla doğrudan veya yerel idare vasıtasıyla dolaylı olarak oluşturduğu böyle bir kontrolden türemektedir. Mahkeme o davada, başvurucunun şikayet ettiği eylemlerin, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında Türkiye'nin egemenlik yetkisi içinde görülebileceği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, *Lozidiou* davasının esas hakkındaki kararında ise, Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) makamlarının tasarrufları ve uygulamaları üzerinde gerçekten ayrıntılı bir kontrole sahip olup olmadığı konusu üzerinde karar vermeyi gerekli görmemiştir. Çok sayıda askeri birliğin Kuzey Kıbrıs'ta üstlendikleri aktif görevlerden açıkça anlaşıldığına göre Türk ordusu, "adanın o kısmı üzerinde etkili ve kapsamlı bir kontrole" sahiptir. Böyle bir kontrolün, konuyla ilgili diğer testler ve olayın içinde bulunduğu koşullar uyarınca, "KKTC"nin eylemleri ve politikaları için Türkiye'nin sorumluluğunu gerektirdiği belirlenmiştir. Mahkeme şöyle sonuçlandırmıştır: Bu nedenle Mahkeme, bu tür tasarruflardan ve uygulamalardan etkilenen kişilerin, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında Türkiye'nin egemenlik yetkisi içinde kaldıkları sonucuna varmıştır. Dolayısıyla Türkiye'nin Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlükleri sağlama yükümlülüğünün Kuzey Kıbrıs'ı da kapsadığını tespit edilmiştir.

Mahkeme daha sonra verdiği yukarıda geçen *Kıbrıs – Türkiye* kararında buna ek olarak, burada "etkili kontrolü" bulunan Türkiye'nin sorumluluğunun orada bulunan kendi görevlilerinin eylemleriyle sınırlı tutulamayacağını, fakat Türkiye'nin desteğiyle varlığını sürdüren yerel idarenin eylemleriyle de sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Bu nedenle Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca Türkiye'nin "egemenlik yetkisi"nin, Sözleşme'nin tüm maddi haklarını bütün kapsamı ile güvence altına alarak, kuzey Kıbrıs'ı da kapsadığı kabul edilmiştir.

71. Özet olarak Mahkeme kararları, bir Sözleşmecî Devletin egemenlik yetkisini ülke dışında kullanmasını, Mahkeme'nin ancak istisnai hallerde kabul edeceğini göstermektedir. Mahkeme bunu, davalı bir Devletin yurt dışında bir ülke ve orada yaşayanlar üzerinde, askeri işgalin veya o ülkenin yönetiminin rızası veya daveti veya katılması sonucu etkili bir kontrole sahip olarak, normal şartlarda o yönetim tarafından kullanılması gereken kamu gücünü kendisi kullanması halinde kabul etmektedir.

73. Buna ek olarak Mahkeme, bir Devlet tarafından egemenlik yetkisinin ülke dışı kullanılmasının kabul edildiği diğer davaların, 'yurt dışında o Devletin bayrağını taşıyan hava veya deniz taşıtlarında diplomatik ve veya konsolosluk görevlilerinin eylemlerini kapsamaktadır. Bu özel durumlarda, uluslararası örf ve adet hukuku ile sözleşme hükümleri, konuyla ilgili Devletin egemenlik yetkisini ülke dışında kullanmasını kabul edilmiştir..."

(Vlastimir, Banković ve Diğerleri / Belçika ve 16 Nato Üyesi, 2001, kabul edilmezlik kararı)³

³ DOĞRU, Osman, CENGİZ, Serkan BANKOVIC ve Diğerleri , <http://aihm.anadolu.edu.tr/>

Mahkeme'nin üzerinde durduğu gerekçeler, tam anlamıyla bir özeleştirici niteliğindeydi. Sözleşme'nin onaylanmasından bu yana devlet pratiğini konu alan başvurularda Sözleşme'ye taraf devletlerin sınır dışı eylemlerinden ileri gelen sorumluluklarını değerlendiren karar, "Mahkeme'nin bu ve benzer davalarda, kavrayış eksikliği olduğunu" bulgulaması nedeniyle, geleceğe yönelik yorum ve içtihat değişikliğinin işaretlerini veriyordu. Ancak, böyle bir değişim olmamıştır. AK üyesi devletlerin kendi toprakları dışında sonuç getiren pek çok eyleme katılmalarına, sıcak savaşlar içersinde yer almalarına karşın, o güne kadar, Türkiye dışında hiç bir devletin sorumluluğuna gidilmemiştir. Yorum değişikliği, yalnız Türkiye için gerçekleştirilmiştir.

Avrupa Konseyi üyelerinin sınır ötesi etkinlikleri kararda değinilen bir kaç olayla sınırlı bulunmuyor. Kararın verildiği 2001 yılına kadar, BM Örgütü'nün, AK'nin ya da kendi ulusal organlarının kararlarıyla Afrika'dan Asya'ya, hatta Güney Amerika'ya, Faulkland adalarına kadar bir çok askeri operasyon gerçekleştirildi. Gerçek anlamda 'savaş' sözcüğü içersinde değerlendirilecek bu eylemleri nedeniyle, anılan devletlerin Sözleşme'nin 1. maddesi boyutundaki sorumlulukları, kapsamlı bir incelemeden geçirilmedi. AİHM'nin, Loizidou kararından sonra yeni yorumlar görünümü altında geliştirmeye çalıştığı gerekçeler, aslında bu karardan kurtulma çabalarıdır. AİHM, Türkiye'yi rahatlatmak için değil, ancak Avrupa'nın saldırgan ve sömürgeci ülkelerinin önünü açmak için araya ufak tefek farklılıklar koyarak yeni bir içtihat oluşturmaya çalışmaktadır. Nitekim yukarıda değindiğimiz NATO uçaklarının Belgrad RTS binalarını bombalaması sonucunda ölen beş kişinin yakınlarının ve yaralananların yaptıkları başvurunun, "...yakınılan sınır dışı eylemlerden zarar gören kişiler ile sorumlu devletler arasında herhangi bir (yargı yeri) bağının bulunmaması nedeniyle" kabul edilmezliğine karar verilmiştir.

Banković kararında, AİHS'nin bölgesel niteliğine uygun olarak Sözleşme'nin 1. maddesinin uygulanma yöntemi yorumlanırken, bütün uluslararası belgelerde yer alan insan haklarının herkes için geçerli olma temel koşulu göz ardı ediliyordu. Kararda, "Bu konuda Mahkeme, insan olarak bireyin korunması için Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi olan Sözleşme'nin özel karakterini ve kendisinin Sözleşme'nin 19. maddesinde belirtilen Sözleşmeciler Devletlerin bu Sözleşme ile üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini güvence altına alma sorumluluğunu göz önünde tutmalıdır. Kısacası Sözleşme, 56. maddeye bağlı olarak, esas itibarıyla bölgesel bağlamda ve özellikle Sözleşmeciler Devletlerin egemenlik alanında (*espace juridique*) işleyen çok taraflı bir andlaşmadır. Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin, bu egemenlik alanının içine girmediği açıktır. Sözleşme, Sözleşmeciler Devletlerin eylemleri konusunda da olsa, tüm dünyada uygulanmak amacıyla düşünülmemiştir. Buna göre Mahkeme, insan haklarının korunmasında boşluktan veya çatlaktan sakınma arzusuna sadece, söz konusu ülkenin normal olarak Sözleşme'nin kapsadığı fakat özel koşullar içinde bulunan bir ülke olması halinde egemenlik yetkisinin varlığına dayanmıştır."⁴

Bu gerekçelerde çok büyük algılama yanlışlıkları bulunmaktadır. 1. maddenin bir koruma önlemi olarak ülke sınırları dışında uygulanması, ilgili ülkelere öncelikle edilgen bir yükümlülük getirmektedir. Yani, "başka ülkelerin topraklarını işgal etme, insanlarına zarar verme, onların temel insan haklarını çiğneme" denilmektedir. Devletlerin insan hakları alanında kendi ülkelerinde veya bölgelerinde gerçekleştirebilecekleri ilerlemeler nedeniyle kimseden izin almalarına gerek bulunmamaktadır. Ancak böylesi edimlerin AK üyesi olmayan ülkelere geçerli olmayabileceği yorumu, evrensel insan hakları öğretisinin hiçbir koşulda benimsemeyeceği bir anlayıştır. Başka

⁴ BANKOVIC ve Diğerleri , 80

Ülkelerin topraklarının işgaline, orada yaşayan insanların can ve mal varlıklarına saygı gösterilmesi yükümlülüğüne uyup uymama konusunda ülkesel sınırlar getirilmesi, emperyalist savaşlara destek vermek anlamında yorumlanabilecektir.

Bu yorumla, 1. maddedeki “her kişi” deymini yerine “AK yesi ülkelerdeki her kişi” kavramı getirilerek, korumanın sınırları birey ölçeğinde de daraltılmış olmaktadır. Böylece temel insan hakları evrensel olmaktan çıkarılarak bölgesel düzeye indirilmektedir.

AİHM’nin Sözleşme’nin bölgesel uygulama ile sınırlı olduğu görüşü, Sözleşme’nin 19. ve 56. maddelerine dayandırılmıştır. Gerçekte 19. ve 56. maddelerden böyle bir anlam çıkarılmasına olanak bulunmamaktadır. Mahkeme’nin yorumu yanlış ve hukuksal temelden yoksundur.

Mahkeme’nin, AİHS’nin 1. maddesinde yer alan “jurisdiction” teriminin, Sözleşme’ye taraf olamayan bir devlet ülkesinin havadan bombalanmasını içermediği ve bu nedenle, bombalama emrini veren devletlerin bu olayla ilgili olarak ortaya çıkan insan hakları ihlallerinden Avrupa İnsan Hakları sistemi içerisinde sorumlu tutulamayacakları yolundaki değerlendirmeleri yoğun eleştiriler almıştır. AİHM’nin bu tutumu ile, siyasal tercihlerini ne çıkardığı açıktır. Kimi araştırmacılar, mahkemenin önceki saptamalarına ters düştüğünü ve 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin antlaşmaların yorumu konusundaki 31 ve 32. maddelerini yanlış uyguladığını ileri sürmüşlerdir.⁵

“Sınırdışı operasyonlarda papatya falı: AİHM Davaya bakacak mı, bakmayacak mı?” başlıklı yazısında Kerem Altıparmak, AİHM’nin daha önce oluşan içtihadının ortada kapsamlı bir “jurisdiction” uygulaması bulunmasa bile devletlerin sorumlu tutulabileceklerini doğrudadığını ve diğer uluslararası insan hakları belgeleri ile organlarının da *Bankovic* kararı yerine *Loizidou* kararına atıf yaparak, tam bir etkin kontrolün varlığını ön koşul olarak kabul etmediklerini vurgulamaktadır.⁶ Yazar, AİHM’nin son dönemde yetki konusunda verdiği kararların son derece çelişki içinde olduğunu belirtmektedir.

Aslında devletlerin sınır dışı ülkesel işlemlerinden sorumlu tutulabilmesi açısından *Bankovic* kararının yaratmış olduğu tartışmanın özü, “diğer devlet ülkesinde uygulanan kontrolün kapsamı ve oranıyla” yakından ilgilidir. Buna göre, devletin kontrolünün seviyesiyle orantılı bir sorumluluk anlayışı söz konusu olamaz. *Bankovic* davası kararında AİHM, lke dışı ülkesel yetki uygulamasına bir sınırlama getirmiştir. Buna göre, olağan olarak hkmetlere ait olan “kamu gücü”nn kısmen ya da tamamen bu devlet tarafından kullanılması gerekmektedir. Mahkemeye göre, belirli bir bölgenin askeri işgali çerçevesinde etkin kontrolü yerel kişiler aracılığıyla olabileceği gibi, belirli bir ülke hkmetinin daveti veya rızasıyla da olabilecektir.⁷

⁵ ZERSAY, Dr. Kudret Avrupa Birliği Normları ve AİHM Kararları erevesinde Kuzey Kıbrıs

⁶ ALTIPARMAK, Kerem, Sınırdışı operasyonlarda papatya falı: AİHM Davaya bakacak mı, bakmayacak mı? Avrupa alışmaları Dergisi, Ankara, Bahar 2006 sayısı

⁷ ZERSAY, Dr. Kudret Avrupa Birliği Normları ve AİHM Kararları erevesinde Kuzey Kıbrıs

Sınır ötesi devlet etkinliklerinin hukuksallığını “yargı yetkisini ele geçirme” ölçütüne göre değerlendiren anlayış, gelişmiş ülkelerin en öldürücü silahlarla uygulamaya koyacakları vur kaç eylemlerinin, Sözleşme açısından bu devletlerin sorumluluğunu gerektirmeyeceği gibi hukuksallıkla bağdaşması olanaksız bir sonuca varmaktadır. Ancak bu yorum dahi günümüzde, başka ülkelerin topraklarına ve halklarına karşı uygulanan silahlı saldırılar karşısında tutarlılığını tümüyle yitirmiş bulunuyor.⁸

Mahkeme’nin 2004 yılında aldığı bir karar, bu çelişkiyi daha açık bir biçimde ortaya koymaktadır:

“Sözleşme organlarının uygulama alanına ilişkin saptamaları, devletin yargı yetkisinin, egemenlik kullanılan her yerde söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır. Bu çerçevede diplomatik nitelik taşıyan yerler, ulusal sınırlar dışında devletin veya vatandaşlarının çıkarına bireylerin suç işlemesi durumu, devlet bayrağını taşıyan uçaklarda ve gemilerde meydana gelen ihlaller ve uluslararası ciddi suçların işlendiği yerler, yargı yetkisi kullanılan alanlara örnek oluşturmaktadır.”

(Assanidze / Gürcistan.2004)

Bu kararı Bankovic, Vlastimir ve Diğerleri kararı ile birlikte değerlendirdiğimizde şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Belgrat kenti üzerinde uçan bir İngiliz uçağının içinde oluşabilecek insan hakkı ihlalinin sorumlusu İngiliz devleti olacaktır. Aynı uçağın Belgrat’a bomba yağdırması durumunda ise, İngiliz Devleti’nin hiçbir sorumluluğu olmayacaktır. Başka bir örnek de verilebilir. Londra’dan veya Brüksel’den ateşlenebilecek bir NATO füzesi, Belgrat’taki RTS’e ait radyo televizyon binalarından birisini vurursa, saldırganların egemenlik haklarından kaynaklanan sorunlulukları, füzenin ateşlendiği yere göre değil, ateşin düştüğü, insanların öldürüldüğü yabancı ülke topraklarına göre belirlenecek. Böyle bir hukuk olabilir mi?

Mahkeme, Bankovic, Vlastimir ve Diğerleri kararında ulaştığı sonuçla, Lozidiou kararının dayanakları arasında belirttiği (Drozd ve Janousek - Fransa ve İspanya, kararı parag. 91)de benimsediği devletlerin “ister kendi ulusal sınırları içinde isterse dışında yapılsın, Sözleşmeciler Devletin toprakları dışında sonuç doğuran kamu makamlarının eylemleri nedeniyle sorumluluğu ortaya çıkabilmektedir” biçimindeki görüşünden de tümüyle uzaklaşmış olmaktadır.

Bankovic, Vlastimir ve Diğerleri kararının ülke dışında etkinliklerde bulunan devletlerin, “savaş” ve “olağanüstü” haller kapsamında 15. maddeye göre yükümlülük azaltabilecekleri yolundaki gerekçesinin Sözleşme’nin 1. maddesinde belirtilen ‘egemenlik yetkisi’ sınırlamasıyla birlikte yorumlanmasını öngören yaklaşımı da, üye devletlere haksız bir koruma sağlamaktadır. Bu konuya ileride tekrar değineceğiz.

⁸ DİNÇ Güney , Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBB Yayını, Ankara, 2006

AİHM, bu tür çelişkili kararları ile gelişmiş teknolojiden güç ve destek alan emperyalist saldırı savaşlarını özendirmiş olmuyor mu?

3- Irak'ın İşgali'nden Kaynaklanan Başvurular

Irak'ın Birleşmiş Milletler Örgütü'nün veya bağlayıcılığı bulunan herhangi bir uluslararası kuruluşun kararı olmaksızın ABD ve yakın destekçisi İngiltere tarafından işgal edilmesi, günümüzde de kanlı sonuçlarını sergileyen çok büyük insan hakları ihlallerine neden olmuştur. Baş oyuncunun ABD olması karşısında, petrol yağmasından pay almak umuduyla bu girişime derece derece destek veren çok sayıdaki Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin hukuksal sorumluluklarının çok fazla öne çıkmadığı da gözlenen bir gerçektir. Ancak ikinci büyük işgalci güç İngiltere için değerlendirmelerin daha farklı olması gerekiyordu. Örneğin, Irak'ın Basra bölgesinin işgal edilmesi sırasında Birleşik Krallık (İngiliz) ordularının gerçekleştirdikleri insan hakları ihlalleri ve bu yörede yargı yetkisi dahil tüm egemenlik yetkilerinin aynı siyasal ve askeri gücün eline geçmesi karşısında, AİHM'nin Loizidiou kararıyla çelişmeyecek bir gerekçe oluşturması olanaksız bulunmaktadır. Irak'ın işgalinin ardından AK üyesi ülkelere karşı AİHM'ne gönderilen başvuruların sayısı, içerikleri, alınan kararlar konusunda ayrıntılı bilgilerimiz bulunmuyor. Ancak AİHM'nin internet sitesindeki yayınlarından edindiğimiz ve önemli gördüğümüz kararlarla ilgili değerlendirmelerimizi aşağıda sunmaktayız:

a) Saddam Hussein'in Başvurusu :

Irak eski devlet başkanı Saddam Hussein, 29 Haziran 2004 günlü bir dilekçe ile AİHM'ne başvurarak ABD'nin öncülüğünde 20 Mart 2003'te Irak'ı işgal eden ve kendilerini koalisyon güçleri olarak tanımlayan 21 Avrupa Konseyi üyesi ülke hakkında şikayetçi olmuştur.⁹ Başvurucunun savlarına göre Büyük bölümünü ABD ve İngiltere birliklerinin oluşturduğu işgal ordularına diğer ülkeler çeşitli boyutlarda yardımcı olmuşlardır.

13 Aralık 2003'de başvuru Tikrit kenti yakınlarında ABD askerlerince yürütülen bir operasyon sırasında yakalanmıştır. 30 Haziran 2004'de ABD birlikleri Saddam'ı yargılanmak üzere yerel Irak Hükümet yetkililerine teslim etmiştir. İlginçtir ki Saddam'ın teslimi, İngiltere'ye yönelik başvurunun hemen ertesi günü gerçekleşmiştir. Böylece İngiltere'nin taraf olabileceği bir AİHM kararının olası olumsuz etkilerinden kurtulmak istenmiştir.

⁹ Saddam HUSSEIN, AİHM, Yakınılan hükümetler : Albania, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Denmark, Estonia, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Turkey, Ukraine and the United Kingdom.

Başvurucu, savlarını Sözlemenin 2., 3., 5. ve 6. maddeleri ile, Sözleşme'nin 1. maddesi ile birlikte ele alınmasını istediği ölüm cezasını yasaklayan 6. ve 13. Protokoller'e dayandırmıştır. Yakınma konusu olaylar, tutuklanması, hapsedilmesi, Irak yönetimine teslim edilmesi ve sürmekte olan dava ile ilgili gelişmelerdir. Başvurucu, en basit savunma olanaklarından yoksun bırakılarak "göstermelik bir yargılama" sonrasında suçlu bulunup idam cezasına çarptırılacağını ileri sürmüştür.

Başvurucu, 2004 yılı Haziran ayında *de facto* bir güç kullanarak Irak'ta yönetimi ve yargı yetkisini ele geçiren işgalci devletlerce yargılandığını, halen de işgalci konumlarını sürdüren koalisyon devletlerinin Irak'ta insan haklarına saygıyı gerçekleştirmekle sorumlu bulunduklarını ve bu sorumluluklarının devam ettiğini, tutuklanmasının ve tutuklu kalmasının koalisyon devletlerinin denetimi ve yetkesi (otoritesi) altında bulunduğunu belirtmiştir.

Kendisine yalan yanlış suçlamalar yönelten askeri birlikler, işgalci devletlerin buyrukları altında bulunuyor ve bu konumlarını sürdürüyorlardı. Başvurucu ayrıca, "*Banković ve diğerlerinin, Belçika ve Sözleşmeye Taraf olan Diğer 16 Devlet*" hakkında açtıkları ((dec.) [GC], no. 52207/99) davada ulaşılan sonucun doğru olmadığını ve yeniden ele alınması gerektiğini savunuyordu.

AİHM başvurusunun yakınmalarını özetle söyle değerlendirmiştir:

Başvurucu tutuklanmasına, hapsedilmesine, Irak'lı yetkililere teslim edilmesine ve sürmekte olan davaya itiraz etmektedir.

Başvurucu, Irak'ın tümünü işgal eden devletlerin yasalarıyla yargılandığını, Irak'ın onların doğrudan denetimi ve yargı yetkileri altında bulunduğunu, bu devletlerin yurt dışındaki temsilcilerinin eylemlerinden sorumlu bulunduklarını ileri sürmüştür. Başvurucu daha sonra, Irak'ta yönetimin yerel organlara devredilmesinden, ve kendisinin 2004 yılı Haziran ayında Iraklı yetkililere verilmesinden sonra da işgalci devletlerin Irak'ı fiilen denetim altında tutmaları nedeniyle, bu devletlerin yasal sistemiyle yargılandığını vurgulamıştır.

Mahkeme, başvurusunun yargı yetkisine ilişkin savlarının kanıtlarını sunması gerekirken, bunu gerçekleştirilemediği görüşünde olmuştur. Başvurucu bazı Birleşmiş Milletler belgelerine, basında çıkan haberlere ve akademik yayınlara gönderi yapmasına karşın, sözü edilen belge ve haberler, işgalci devletlerin her birinin rolünü, sorumluluğunu veya bu devletlerle ABD arasındaki iş bölümünü kanıtlamamaktadır.

Başvurucu, askeri birliklerin kendilerine ayrılan bölgelerdeki sorumluluklarına ve gerçeklere gönderi yapmamıştır. Başvurucu, ilgili zaman dilimi içinde koalisyon kuvvetleri komutanı olan ABD Generali hariç, ABD silahlı kuvvetleriyle diğer devletlerin silahlı kuvvetleri arasındaki emir komuta zincirine ilişkin ayrıntıya girmemiştir.

Ve en önemlisi ABD den başka hangi işgalci devletin tutuklanmasından, hapsedilmesinden ve Iraklı yetkililere teslim edilmesinden sorumlu olduğunu belirtmemiştir. Irak'ın yönetiminin 2005 yılı Haziran ayında Iraklı yetkililere teslim edilmesine ve Ocak 2005 de seçimlerin yapılmış olmasına karşın, başvuru koalisyon kuvvetlerinin Irak'ta fiilen varlığını sürdürdüğünü ileri sürmüştür.

Bu koşullar altında Mahkeme, başvurunun açıklamaları dayanaksız kaldığından işgalci devletlerin yasalarıyla yargılandığına ilişkin savının kanıtlanmadığı görüşündedir. Mahkeme, başvurunun, ilgili devletlerin denetim altında tuttukları topraklarda kendi yasalarını uyguladıkları için insan haklarının ihlal edildiği savını kanıtlayamadığı görüşündedir (*Loizidou v. Turkey*, 18 Aralık 1996 kararı, Karar ve Hüküm Raporları 1996 VI ve *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, ECHR 2001).

Başvurucu, tutuklanmış olması nedeniyle işgalci bir devletin yasalarıyla yargılanmış da olsa, tutukluluğundan ve yargılanmasından herhangi bir devletin sorumlu olduğunu kanıtlayamamıştır. (*Issa ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 31821/96, §§ 71-82, 16 Kasım 2004 ve *Öcalan v. Türkiye* [GC], no. 46221/99, § 91, ECHR 2005 ...) Bu nedenle işgalci devletlerin ve onların yurtdışındaki askeri kuvvetlerinin sorumlu olduğuna ilişkin gerekçeleri dayanaksız kalmıştır.

Mahkeme, yakınmacının ABD'nin buyrukları altında işgalci koalisyon devletlerinin yasalarıyla yargılandığına, bu devletlerin ABD ile değişik düzeylerde göstermelik koalisyon kurduğuna, gerçekte bölge güvenliğinden doğrudan ABD nin sorumlu olduğuna ilişkin savını destekleyecek belli bir emsal ilke gösterememiştir.

Mahkeme, başvurunun yakındığı olaylar ile ABD'nin buyrukları altında koalisyonu oluşturan işgalci devletlerin yargı yetkisi arasında kurduğu ilişki sonucunda, Sözleşme'nin 1. maddesi bağlamında bu devletlerin yargı yetkisine girdiği savını yerinde bulmamış ve oybirliği ile başvurunun Kabul edilmezliğine karar vermiştir.

(Saddam HUSSEIN, AİHM, 14 Mart 2006 günlü ve. 23276/04 sayılı Kabul edilmezlik kararı)

Irak'ın işgalinin başında ABD'nin bulunması, bu eyleme katılan AK üyesi ülkelerin sorumluluğunu görmezden gelmesi açısından AİHM'nin işini oldukça kolaylaştırmıştır. Özetlediğimiz gerekçelere göre Mahkeme, ABD bir AK üyesi olsaydı bile, bu ülkeyi sorumlu tutma eğiliminde olmadığı izlenimini veren gerekçelere dayanmıştır. Türkiye, yukarıda da değindiğimiz gibi, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kuruluşunun hukuksal temellerini oluşturan Zürih ve Londra Konferansı kararlarına, Garanti ve İttifak Anlaşmaları'na dayanarak Ada'ya asker çıkarmıştı. Bu olguyu incelememekte direnen AİHM, Loizidou / Türkiye kararlarında, "bir devletin işgal ettiği bölgedeki etkinlikleri ayrıntılı olarak yönetmesine gerek yoktur. Kuzey Kıbrıs'ta bulunan çok sayıdaki Türk askeri, Türkiye'nin Ada'nın bu bölgesinde 'genel nitelikte etkili bir denetiminin' olduğunu göstermektedir."¹⁰ demektedir. Birleşmiş Milletlerin, Avrupa Konseyi'nin, askeri bir örgütlenme olan NATO'nun bile yönlendirmesi olmadan Irak'ın işgal edilmesi ise, gerçek bir uluslararası Vandalizm örneğidir. İşgalciler, Irak'taki varlıklarını ancak kendi kararları ile açıklayabilmektedirler. Saddam'ın bağımsız, yansız, ulusal bir

¹⁰ ALTIPARMAK, 9

yargı yerinde yargılanmadığı kesindir. Irak'ta bu gün dahi bağımsız bir ulusal otoritenin varlığından söz edilemez. KKTC'ni Ada'da konuşlanan Türk askeri birlikleri nedeniyle yetkili görmeyen Mahkeme'nin, işgal altındaki Irak'ta önceki ölçütlerini değiştirmesi, çok sayıda İngiliz ve diğer AK devletlerinin askeri birliklerini görmezden gelerek bağımsız bir devletin varlığını benimsemesi, bir kaçış olarak nitelenebilir. Hem de yaklaşan idamı göre göre böyle bir karar verebilmesi, AİHM'nin ölüm cezalarının uygulanmasına karşı duyarlı tutumuyla da bağdaşmamaktadır.

Karar, hukuksal olmaktan çok siyasal yönleri ile ortaya çıkmaktadır. AİHM, süregelen savaşın patlamasına neden gösterilen Saddam Hussein'in yaşamda kalmasını öngören bir karar verebilir miydi? Eğer böyle bir karar verseydi, işgalci güçler bu kararı uygularlar mıydı? Her halde böyle bir olasılık bulunmuyordu. Mahkeme ABD'nin varlığına sığınarak dönemin uluslararası siyasal koşullarıyla çelişmeyen bir kararla işin içinden sıyrılmayı yeğlemiştir.

b) Al-Saadoon ve Mufdhi / İngiltere

AİHM'nin İngiltere'ye karşı Irak'tan gelen başvuruları çok dar bir kapsamda ele aldığı gözlenmektedir. Tartışılan konular, İngilizler'in elinde bulunan ve yerel Mahkeme'nin ölüm cezasına mahkum ettiği kişinin Irak yönetimine verilmesinin engellenmesi, ya da İngiliz askerlerinin Iraklıları öldürmeleriyle ilgili yakınmalardır. Bu konularda da henüz kesin kararlar verilmemiştir. Başvuruların izlediği süreçlerden İngiliz birliklerinin Irak'a yerleştikten sonra mahkeme anlamında yerel yargılama birimleri oluşturdukları, alt birimlerce verilen kararların temyiz edilmeleri durumunda, en üst karar yeri olan Lordlar Kamarası'na kadar gönderilebildikleri görülmektedir. Çeşitli nedenlerle kendi askerlerini de yargılayan İngiliz Mahkemeleri'nin biçimsel açıdan inandırıcı görüntüler içermelerine karşın, işgal altındaki insanların sorunları genellikle yerel Irak Mahkemeleri'ne yönlendirilmektedir. Iraklı'ların davalarının Irak Mahkemeleri'nde görülmesi, İngiliz Devleti'nin, AİHM'nin ve diğer Avrupa Yargısal örgütlenmelerinin denetiminden kurtulmasını sağlamaktadır. Avrupa'da ölüm cezasının kaldırılmasına karşın, 17 Temmuz 1968 ve 1 Mayıs 2003 tarihleri arasında gerçekleşen soykırım, insanlık ve savaş suçlarını işledikleri ileri sürülen Irak vatandaşlarını veya Irak'ta yaşayanları yargılamak amacıyla Irak ulusal hukukuna göre kurulan (IHT)'lerde yargılananlara, 2004 yılı Ağustos ayında yeniden ceza yasalarına konulan ölüm cezaları verilebilmektedir. Bu tür olanaklardan yararlanabilmek açısından İngiliz yöneticileri, askerlerine karşı suç işleyenleri kendi mahkemelerinde yargılamak yerine, Irak Mahkemeleri'ne göndermeyi yeğlemektedirler. Bu yolla, istedikleri sonuçları kestirme yoldan, sorumluluk üstlenmeden ve daha kolay elde edebilmektedirler. Ulaştığımız kararlarda İngiliz ve Irak Mahkemeleri'nin birbirlerini bütünleyen uyumlu bir işlerlik içinde olduğunu gördük.

2003 yılında Irak'ın işgalinin hemen ardından 2 İngiliz askerinin öldürülmesine karışmakla suçlanan Faisal Attiyah Nassar Khalaf Hussain Al-Saadoon ve Khalef Hussain Mufdhi, Güney Irak'ta yaşayan Müslüman Sünnilerdir.

Başvurucular, 20 Mart 2003'te Irak'ın işgalinin ardından, İngiliz güçleri tarafından yakalanmışlar ve İngilizlerin denetimindeki gözaltı birimlerinde "zorunlu güvenlik nedenleriyle" gözaltında tutulmuşlardır. Gözaltına alınma nedenleri, önceki rejim zamanında Baas Partisi'nin üst düzey üyesi olmaları ve koalisyon güçlerine gösterilen şiddeti yönetmelerinden kuşulanılmasıdır. AİHM'ne başvurunun yapıldığı sırada her iki sanık, Bağdat'ın yakınındaki Rusafa Cezaevi'nde gözaltında tutulmaktadırlar.

23 Mart 2003'de Irak'ın güneyinde Çavuş Cullingworth ve er Allsopp adlarındaki iki İngiliz askerinin, tuzağa düşürülerek öldürülmelerini soruşturan Birleşik Krallık Kralliyet Askeri Polisi Özel Soruşturmalar Bürosu, Ekim 2004'te başvurucuların olaya karışıklarına ilişkin kanıtlar bulunduğu karar vermiştir. Böylece başvurucular, işgalden hemen sonra kendilerinin İngilizler'ce gözaltında bulunduruldukları sırada iki İngiliz askerinin öldürülmesinden sorumlu bulunmuşlardır. İngilizler bu suçlamanın kanıtlarını ancak işgalden bir buçuk yıl sonra elde edebilmişlerdir.

16 Aralık 2005'te İngiliz yetkilileri başvuruculara yönelik cinayet davasını Irak ceza mahkemelerine göndermeye karar vermiştir. 18 Mayıs 2006'da Irak ceza yasalarına göre başvuruculara yönelik tutuklama emri çıkarılmış ve Basra'daki İngiliz ordusu tarafından tutukluluklarının sürdürülmesine karar verilmiştir. Başvuruculara yüklenen eylemlerin savaş suçu olması nedeniyle Irak Yüksek Mahkemesi olayın Basra Ceza Mahkemesi'nin yetki alanına girdiğine karar vermiş ve başvurucuların davalarını bu mahkemeye göndermiştir. Başvurucular yukarıda niteliklerine değindiğimiz özel mahkeme olan IHT'de yargılanmışlardır. 27 Aralık 2007'de IHT, İngiliz kuvvetlerinden başvurucuların kendilerine verilmesini resmi olarak istemiştir. Bu istekler Mayıs 2008'de sonuç alınıncaya kadar yinelenmiştir.

İngilizlerin elinde bulunan başvurucular. 12 Haziran 2008'de, Irak organlarına gönderilmelerinin yasallığını ve bağlantılı diğer konuları bir kez daha tartışmak üzere yargılamanın yenilenmesini istemişlerdir. Mahkeme, her ne kadar 18 Mayıs 2006'dan beri Irak Ceza Mahkemesi emrinde olsalar da, başvurucuların bir İngiliz tutukevinde bulundurulmaları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinde belirtildiği gibi Birleşik Krallık'ın yargılama yetkisinde olduklarına karar vermiştir. Uluslararası hukuka göre Birleşik Krallık, suçluları alacak ülkenin, onlara insanlığa karşı suç oluşturacak biçimde kötü davranışlarda bulunmayacağına açık kanıtları varsa, teslim etmekle yükümlüdür. Bu işlemin gerçekleşmesinden önce yeterli güvencelerin verilememesi, transferleri durumunda başvuruculara karşı açılacak davanın adil olmayacağına veya davacıların işkence ve/veya insanlık dışı ve aşağılayıcı uygulamalarla karşılaşacaklarına inanmak için ciddi bir kanıttı. Ayrıca, Birleşik Krallık'a göre Şubat 2004'de yürürlüğe giren Sözleşme'nin 13 numaralı Protokol'ün ölüm cezasını yasaklanmasına karşın, başvurucuların Irak yetkililerine verilmesi durumunda uluslararası hukuk ile yasaklanmayan ve uygulanacak olan ölüm cezasının uygulanma riskinin varlığı tespit edilmiştir.

Başvurucuların temyiz isteği 30 Aralık 2008'de Temyiz Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Başvurucuların infaz edilme riskinin varlığının kabul edilmesine karşın, başka bir egemen devlet tarafından tutulmaları nedeniyle Birleşik Krallık'ın yargılama yetkisine girmemişlerdir. Birleşik Krallık'ın başvurucuları tutma, serbest bırakma veya geri gönderme yetkisi bulunmamaktadır. Birleşik

Krallık gerçekte IHT'nin isteği ve emri üzerine gözaltında tuttuğu başvurucuları, Irak-Birleşik Krallık anlaşmalarına göre IHT'ye teslim etmekle yükümlüdür. Zaten davacılar Birleşik Krallık'ın yargılama yetkisinde olsalar bile ölüm cezası uluslararası kanunlara aykırı değildir ve başvurucuların transferleri halinde işkence veya insanlığa karşı bir suç işleneceğinin kanıtı yoktur. Bu koşullar altında Irak'ın egemenliğine saygı duyma yükümlülüğü ve başvurucuların transfer edilmesi ağır basmaktadır.

Kararın hemen ardından, başvurucular İngiliz yetkililerin transferi gerçekleştirmesini engellemek amacıyla, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 39. maddesinde belirtilen geçici önlem kararı verilmesi için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. 30 Aralık 2008'de Mahkeme, İngiliz Hükümeti'nden, bir sonraki bildirim kadar başvurucuların kendi gözetimlerinde bulundurulmasını ve bir başka yere götürülmemelerini istemiştir. Ancak ertesi gün İngiliz Hükümeti Mahkeme'yi, özellikle Birleşmiş Milletler'in korumasında sürdürdüğü Irak'taki yakalama, gözaltına alma ve hapsedme yetkilerinin 31 Aralık 2008'de gece yarısında sona ereceğini, bu nedenle önlem kararını yerine getirmelerine olanak bulunmadığını bildirerek, belirtilen günden önce başvurucuları Irak yetkili organlarına teslim etmişlerdir.

16 Şubat 2009'da Lordlar Kamarası başvurucuların temyiz başvurusunu reddedilmiştir.

Başvurucuların davası 11 Mayıs 2009'da IHT'nin kuruluşundan önce başlamıştır. Eğer suçlu bulunurlarsa, başvurucuların karar tarihinden sonra temyize gidebilmek için 28 günleri olacaktır.

Başvurucular Irak'a verilmelerinden yakınmaktadırlar. Başvurucular, Sözleşme'nin 2. (yaşama hakkı), 3. (işkencenin ve/veya insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin yasaklanması), 6. (adil yargılanma hakkı) maddeleri ile 13. Protokol'ün 1. maddesinin (idam cezasının yasaklanması) çiğnendiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular ayrıca, Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi kapsamında önlem kararı alınmasına rağmen Irak otoritelerine teslim edilmelerinin, 13. madde (etkili başvuru hakkı) ve 34. maddenin (bireysel başvuru hakkı) ihlal edilmesinden şikayetçidirler.

Yargı yetkisinin önceliği konusuyla ilgili olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucuların tutulduğu gözaltı birimlerinde, Birleşik Krallık yetkililerinin, öncelikle askeri gücün ve sonra hukukun uygulanmasında tamamen ve tek bir kontrole sahip olduklarını düşünmektedir. Başvurucular, 31 Aralık 2008'de Iraklı yetkililere fiziksel olarak teslimlerine kadar Birleşik Krallık'ın yargı yetkisi altında bulunuyorlardı.

Mahkeme, transfer edildikleri anda, IHT'de adil olmayan bir biçimde yargılanıp idam cezasına çarptırılacakları olasılığına inanmak için önemli dayanakların bulunması karşısından başvurucuların şikayetlerini dikkate almıştır. Mahkeme, Sözleşme'nin 2, 3, 6 ve 13 Protokol'ün 1. maddelerine dayandıran yakınmaların kabul edilebilirliğine karar vermiştir. Yukarıdakilerle yakından bağlantılı olan 13 ve 34 maddelerle ilgili şikayetlerin kabul edilebilirliği konusu davanın esasına bağlanmıştır.

Aşırı kalabalık nedeniyle havalandırma olanaklarından yoksun bırakılan, aynı ranzada barınan 5-6 tutuklunun sırayla uyumayı denedikleri Rusafa Hapishanesi'nin insanlık dışı koşullarından dünya basınında çok söz edilmektedir. Bu eleştiriler zaman zaman ülkemiz gazetelerinde de yer almıştır. Başvurucuların, Rusafa Hapishanesi'ndeki kötü davranışlar ve yargısız cezalandırmalar konusundaki yakınmaları ise, İngiliz mahkemeleri önünde tüm iç hukuk yollarını tüketmedikleri gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur.

(Al-Saadoon & Mufdhi v. Birleşik Krallık, 22 Aralık 2008, No: 61498/08)

Yerlerinden edilenler, yargılananlar, ölüm cezalarına çarptırılanlar gerçekten suçlular mı, yoksa yaşadıkları toprakları işgal edenlere karşı direnen yurtseverler midir? Anlaşıyor ki başvurucular, ülkelerini işgal eden İngiliz askerlerine karşı yürütülen ulusal direnişin siyasal öncüleri arasında bulunuyorlardı. Savaşıkları İngiliz askerlerinin öldürdükleri bir olaya karışmakla suçlanıyorlar. Bir İngiliz esir kampına kapatılmışlar. İşgalcilerin kurdukları Irak'ın kukla yönetimine verilmeleri durumunda işkence görmeleri, idam edilmeleri söz konusu. Bu nedenle AİHM önlem kararı alıyor. Ancak işgalciler bu karara bile uymuyorlar. Başvurucuların yargısal dayanağı olmadan Rusafa Hapishanesi'ne kapatılmaları ve burada karşılaştıkları işkence ve insanlık dışı uygulamalar nedeniyle yaptıkları başvuruları ise, İngiltere iç hukuk yolları tüketilmediğinde incelemeye bile alınmıyor.

Çok karmaşık süreçlerden geçtiği izlenimini veren olaylar, gerçekte İngiliz ve Irak organlarının tam bir dayanışma ve işbirliği içinde oldukları gerçeğini ortaya koymaktadır. İşgal eden ve işgal altındaki her iki devletin yargı yerlerinde bağımsız ve adil bir yargılamadan söz edilemeyeceği açıktır. Olaylara olağan hukuk kuralları içinde yaklaşmanın olanaksızlığı nedeniyle AİHM'nin gerekçeleri, saldırı savaşlarının yıkıcılığı karşısında etkisiz ve anlamsız kalmaktadır.

AİHM'nin dönemsel bilgilendirme raporlarında, Irak'tan gelen ve soruşturma süreci başlatılarak yanıt verilmesi için Birleşik Krallık hükümetine iletilen, ancak henüz bir karara bağlanmayan iki başvuru dosyasının bilgileri yer almaktadır. İlk dosyada, (Al-Skeini and Others v. United Kingdom, No 55721/07). İngiliz Silahlı Kuvvetler görevlilerinin Irak vatandaşlarını öldürdükleri savları ile Birleşik Krallık'ın yargı yetkisi arasındaki ilişki araştırılmaktadır.¹¹ Aynı aşamada bulunan ikinci başvuru (AL-JEDDA - United Kingdom No 27021/08) bağlamında kendi ülkelerinde İngiliz Silahlı Kuvvetler görevlilerince tutuklanan Irak vatandaşlarının konumları yargı yetkisi açısından soruşturulmaktadır.¹²

¹¹ Case-Law Information Note No. 114

¹² Case-Law Information Note No. 116

4. Savaşlar ve AİHS

AİHS'nin başlangıç bölümünde yer alan açıklamalar, Sözleşme'nin gerekçesi niteliğindedir. Anılan bölümde, üye devletlerin Avrupa Konseyi örgütlenmesinin amaçları arasında bulunan, “..dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve sağlanıp korunabilmesi her şeyden önce, gerçek demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan temel özgürlüklere yönelik derin inançlarını bir kez daha” yineledikleri vurgulanmaktadır. Böylece Avrupa uluslarının geleceğe dönük yaşam ilkeleri “barış, adalet, demokrasi ve insan hakları” olarak öne çıkarılmaktadır.

Yukarıdaki tümcelerin de ortaya koyduğu AİHS savaş hukukunu düzenleyen, hele savaşı özendiren bir belge değildir. Sözleşme'nin “Olağanüstü hallerde askıya alma” başlıklı 15. maddesinde devletlere “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde.. durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı önlemler alabilmeleri..” olanağı sağlanmıştır. Bu düzenleme, saldırı amaçlı değil, korunma amaçlıdır. Aynı tümce içinde birlikte anılan “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike” deyimini, ulusal topraklar üzerinde yaşanabilecek olumsuz gelişmelerle ilgilidir. Yani bir ülkenin saldırı savaşının etkisi altında kalması veya ülke sınırları içinde ayaklanma, isyan gibi olayların patlak vermesi karşısında, bu durumları gidermek için alınacak önlemlerden söz edilmektedir. Ancak Mahkeme bu kuralı yanlış algılamış ve yanlış uygulamıştır. Mahkeme, Bankovic kararının gerekçesinde, sınır dışı etkinlikleri sırasında başka ülkelerin topraklarına giren devletleri, Sözleşme'nin 15. maddesine göre yükümlülük azaltan bildirimlerde bulunmaya yönlendirmiştir.

Bu tutumu ile Mahkeme, Sözleşme’yi, üye devletlerin insan haklarını çiğnemeleri sırasında da yararlanabilecekleri bir belge gibi yorumlamış olmaktadır. Bunlar savaşçı ülkelere yol açan yorumlardır. Başka ülkelerin topraklarına giren devletler, 15. madde uyarınca Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bilgi vermekle, bir takım sorumluluklarından kurtulmuş olacaklardır.

Aslında 15. maddede savaşı özendirmek bir yana, haksız bir saldırı altındaki devletlerin bile, ülkelerini ve varlıklarını korurlarken neleri yapmamaları gerektiğinin üzerinde durulmaktadır. “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike” altındaki devletler, maddenin 2. bendine göre “meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle” ihlal etmeme yükümlülüğü altına girmektedirler. Sözleşme bu konularla sınırlı olarak savaş koşullarında da eksiksiz uygulanması gereken kuralları açıkça belirlemiş olmaktadır.

15. maddede geçen “Meşru savaş fiilleri nedeniyle meydana gelen ölümler” deyimini kulağa hoş gelmeseyse de, irili ufaklı bütün savaşlar sonuçta insanları öldürerek amaçlarına ulaşmaktadır. Sözleşme savaşları önleyemediğine göre, bu madde ile en azından, çatışmaların zorunlu kıldığı olaylar dışında gereksiz yere insanların öldürülmesinin hukuka aykırı düşeceğinin vurgulanmasında yarar olduğu söylenebilirdi. Ancak Bankovic kararı karşısında bu yaklaşımın da fazla bir anlamı kalmamaktadır. Bir

başka anlatımla Mahkeme, en temel insan hakları arasında bulunan ölüm cezası, işkence ve kölelik yasalarını, kanunsuz suç olmaz ilkesini, savaş koşullarında görmezden gelirken, yüzeysel gerekçelerle malvarlığı haklarının savunuculuğunu üstlenmiştir.

5- AİHS ve Sömürgecilik

Devletlerin kendi ulusal topraklarının dışındaki etkinliklerinin en eskilerinden birisi de, sömürgeciliktir. Sömürgecilik, AK'nin kurucusu ve öncüsü olan ülkelerin ortak geleneğidir. Onların, AİHS'ni onaylamakla, siyasal ve ekonomik üstünlüklerinin kaynağı olan bu olanaklardan kendiliklerinden vazgeçmeleri beklenemezdi. AK'nin politikalarını da bu temele oturmuştur. Sözleşme'nin 56. maddesi, sömürgeciliğin, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra da yeni örgütlenmeler üzerinde etkili olduğunun belgesidir. 56. maddede, AK üyelerine “..uluslararası ilişkilerinden sorumlu bulunduğu bütün ülkelere veya bunlardan herhangi birine..” Sözleşme'yi uygulamak veya uygulamamak konusunda yetki veriliyor. Bir devletin, başka bir ülkenin “..uluslararası ilişkilerinden sorumlu bulunması..” deyimiyle, görüntüde örtülü, özde ise çok açık biçimde sömürgecilik anlatılıyor. Sonradan yürürlüğe konulan ek protokollerde de benzer türde kısıtlamalar içeren maddeler bulunmaktadır. Böylece, sömürge halklarının 1. madde bağlamında Sözleşme'den yararlanmaları, egemen devletin onayına ve isteğine bırakılmış oluyor.

Birleşik Krallık (İngiltere)'nin, AİHK'nun bireysel başvuruları inceleme yetkisini tanıdığı ve Sözleşme'nin (eski) 25. maddesi uyarınca AK Genel Sekreterliği'ne verdiği 14 Ocak 1966 günlü yazıda, “Kuzey İrlanda ve Birleşik Krallık dışındaki toprakları ve uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu diğer ülkeleri ve toprakları ayrı tuttuğunu” bildirmişti. Türkiye de, AİHK'nun yetkisini benimsediği 28 Ocak 1987 günlü bildiriminde başvuru hakkının tanınmasını “..yalnız TC Anayasası'nın uygulandığı sınırlar içindeki topraklarla..” sınırlamıştı. AİHM ve Komisyon, Loizidou davasında iki çekinceyi karşılaştırırken, “Birleşik Krallık'ın bu sınırlamayı Sözleşme'nin 63/4. maddesi ışığında, ana ülkesi dışından yapılacak başvuruları Komisyon'un inceleme yetkisini önlemek amacıyla getirdiğini” kabul ederek Sözleşme'yle uyumlu bulmuştu. Türkiye'nin koşullar içeren bildirimi ise, Sözleşme'nin eski 63, yeni 56. maddesi kapsamında sömürgeci bir ülke olmaması nedeniyle, yorumlanmaya bile gerek görülmemişti. Sözleşme'nin içeriğinden ve üye ülkelerin tarihsel konumlarından kaynaklanan bu tür ayrıcalıklı düzenlemeler, yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi, Mahkeme'nin kararlarına da yansımaktadır.

6-Son Değerlendirmeler

AİHS'nin uygulandığı ülkelerdeki sınır dışı görüntüler hiç hoş değil. Kıbrıs, bildiğiniz gibi... İnsanlığın başında yine kara bulutlar dolaşıyor. Yeryüzünün hemen her bölgesinde savaşlar birbirini izliyor. Çok uzaklara gitmeye gerek yok. Azerbaycan topraklarının bir bölümü Ermenistan'ın işgali altında. Rusya, 2008 yılı Ağustos ayında geçici de olsa bir süre Gürcistan'ı işgal etti. Bu saldırı

sırasında uçaklardan atılan bombalarla kamu yapıları, yoksul Gürcü halkının konutları yakılıp yıkıldı. Rus tankları TV kameraları önünde otobüsleri, otomobilleri, bisikletleri, ezip geçtiler. Bunlar, özellikle Gürcüler'e ekonomik zararlar verilmesi amacıyla yapıldı. Saldıranın da, saldırıya uğrayanın da AK üyesi olduğu bu ülkelerde insanlar işkence gördü, öldürüldü, sakat bırakıldı, Başta yaşam hakkı olmak üzere malvarlığı hakları ihlal edildi. Böylesine yoğun Sözleşme ihlalleri nedeniyle yapılan başvuruları AİHM'nin nasıl değerlendireceğini görmek, gerçekten ilgi çekici olacaktır. Ancak çok uzun zaman geçmesine karşın Ermenistan – Azerbaycan uyuşmazlığı ile ilgili bir karara rastlamadık. Rusya – Gürcistan – Abhazya sorunu henüz çok yakın. Irak nedeniyle verilen kararları yukarıda özetledik. Irak'ta bu konulardan başka, örneğin malvarlığı haklarıyla ilgili hiçbir başvuru yapılmadı mı? Kıbrıs için ise, AİHM, Güney'in emme basma tulumbası gibi. Türkiye ödedikçe arkası gelecek ve hiç bitmeyecek... Mahkeme'nin salt bu tutumu nedeniyle bile, Güney'de yaşayanlar, altın yumurtlayacak kazadan yoksun kalmamak için hiçbir koşulda barışa yani Kuzey'le anlaşmaya yanaşmayacaklar.

Mahkeme'nin bu tutumunu ayrımcılık olarak niteleyen Kerem Altıparmak, özverili ve yansız bir yaklaşımla, "Nasıl AİHM'nin Sözleşme'ye taraf devletler arasında ayrımcılık yapması kabul edilemezse, bir bilim adamı için de uluslararası yargı organlarının kararlarını 'nasıl yapsam da kendi devletimin çıkarına bir yoruma ulaşısam' düşüncesiyle değerlendirmesi hoş görülemez." demektedir.¹³ Böyle bir çaba içinde değiliz. Ancak eleştirdiğimiz kararların yanlış ve yetki aşımı niteliğinde olduklarını görünce, doğruları önermek görevimiz olmaktadır.

AİHM'ne gönderilen başvuruların çok büyük bir bölümünün, Sözleşme'nin 28. maddesi uyarınca üç üyeli yargıçlar komitesi eliyle "kabul edilmezliğine" karar verilebiliyor. İncelenmesine gerek görülmeyen kararlarda başvurunun konusu ve red gerekçeleri yer almıyor. Bu işleyişi konumuza uyarlarsak, işgal edilen ülkelerden gönderilen başvuruların yakınma konularının ve reddedilme gerekçelerinin bilinmezliğine değinmekte yarar bulunuyor. Kurultay'ın bu günkü oturumunda Mahkeme'nin iş yükünü azaltmak amacıyla getirilen 14 Numaralı Protokol'un Rusya tarafından onaylandığını biraz önceki konuşmalardan öğrenmiş oldum. 14 Numaralı Protokol'un yürürlüğe girmesiyle birlikte kabul edilmezlik kararı verme yetkisi tek yargıcın kararına indirildiği gibi, red nedenleri de arttırılmaktadır. Yeni yöntemlerin uygulamaya konulması, 28. maddeye dayandırılacak kararların işgal altındaki halkların beklentilerine uzak düşeceği gibi, bilinmezliği daha da arttıracaktır.

Loizidou davasında başvuruçunun savları arasında bulunan "Kuzey Kıbrıs'taki durumdan dolayı Türkiye sorumlu tutulmadığı takdirde, başka hiçbir tüzel kişi sorumlu tutulamayacaktır...Sözleşme sisteminin ilkeleri ile devletlerin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk, Kuzey Kıbrıs'taki olayların kontrolü için Türkiye'nin sorumlu olduğu bir rejimin oluşturulması noktasında birleşmektedir."¹⁴ biçimindeki görüşleri Mahkeme aynen benimsemişti. Ancak aynı sorgulama Mahkeme'ce işgal altındaki diğer ülkelere dönük olarak yapılmamıştı. Mahkeme'nin kendi neden olduğu dava yoğunluğunu biraz daha sınırlayabilmek için son yıllarda önceki yanlışlarını düzeltmeye yönelik bazı kararları olmuştur. Son olarak bu konudaki iki örneğe değineceğiz:

¹³ ALTIPARMAK,17

¹⁴ LOIZIDOU kararı, 57

a.Issia ve Diğerleri/ Türkiye

Mahkeme, devletlerin sınır aşırı girişimlerinden ileri gelen öldürme ve yaralama olaylarını tartıştığı başvurularda, işgal edilen topraklarda yargı yetkisini ele geçirme ölçütlerinde ve sunulan kanıtların değerlendirilmesinde kimi zaman kuşkulu varsayımlara dayanarak en ağır kararları verebilirken, somut kanıtların bulunduğu durumlarda çok yüzeysel nedenlerle bunları bir solukta geçersiz sayabilmektedir. Bu konudaki ilginç örneklerden birisi, 16. Kasım.2004 günü sonuçlanan Issia ve Diğerleri/ Türkiye kararıdır. Kuzey Irak'ta Türk sınırı yakınındaki tepe ve vadilerde koyun yetiştirerek geçimlerini sağlayan Kürt çobanların 1995 yılının nisan ayının ilk günlerinde Irak'a giren Türk Ordusu'nun askerleri tarafından öldürüldükleri ileri sürülmüştür. Altı Irak vatandaşı tarafından Türkiye'ye karşı yapılan başvuruyu değerlendiren AİHM'nin kararında aşağıdaki değerlendirmeler yer almıştır.

"2. Yukarıdaki prensiplerin uygulanması

72. Mahkeme, yukarıda sözü edilen prensipler ışığında, başvuruçuların akrabalarının, davalı Devletin ülke dışı eylemleri neticesinde bu Devletin otoritesi ve/veya etkili kontrolü altında ve bu nedenle bu Devletin egemenlik yetkisi içinde olup olmadıklarını saptamalıdır.

73. Bu bağlamda Mahkeme, Türk Silahlı Kuvvetlerinin 19 Mart ve 16 Nisan 1995 tarihleri arasında Kuzey Irak'ta operasyonlar icra ettiği hususu ile ilgili taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmadığını kaydeder (*bk. yukarıda parag. 58 ve 64*). O tarihlerde icra edilen sınır ötesi operasyonların yoğun ve Kuzey Irak'ta kendine barınak arayan teröristleri takip ve yok etme amacı taşıdığı, tarafların sunuşlarından ve dosyadaki mevcut yazılı delillerden ortaya çıkmaktadır (*bk. parag. 36, 43, 45, 58 ve 63*).

74. Mahkeme davalı Devletin bu askeri operasyonlar nedeniyle Kuzey Irak'ın belirli bir bölümünde geçici olarak etkili bir şekilde tam kontrol sağlamış olma ihtimalini göz ardı etmemektedir. Buna göre şayet söz konusu dönemde mağdurların o bölgede bulunduklarını söyleyebilmek için yeterli maddi delil varsa, mağdurların Sözleşme'ye taraf olmayan Irak'ın ve Sözleşmeci olmayan Devletin hukuki alanında değil, ama Türkiye'nin egemenlik yetkisi içinde oldukları sonucu mantıksal bir sonuçtur (*bk. yukarıda geçen Banković kabuledilebilirlik kararı, parag. 80*).

75. Ancak yukarıda bahsedilen operasyonlara çok sayıda birliğin katılmasına rağmen, Türkiye'nin Kuzey Irak'ın tamamında tam bir kontrol tesis edemediği de görülmektedir. Bu nedenle bu durum, her ikisi de yukarıda geçen *Loizidou – Türkiye ve Kıbrıs – Türkiye* davalarında, Kuzey Kıbrıs'ta mevcut durumun tersidir. O davalarda Mahkeme, davalı Devlet silahlı kuvvetler toplamının 30,000 personeli geçtiğini (ki, bu davada başvuruçularca ileri sürülen sayıdan az değildir - *bk. yukarıda parag. 63* - şu farkla ki, Kuzey Kıbrıs'taki birlikler çok daha uzun bir süredir oradadırlar) ve Kuzey Kıbrıs'ın tamamına yerleştiğini tespit etmiştir. Dahası bu bölgede sürekli devriye gezilmekte ve adanın kuzey ve güney bölümleri arasındaki ana ikmal yolları üzerinde kontrol noktaları bulunmaktadır.

76. Mevcut davada ele alınıp incelenmesi gereken temel mesele, Türk birliklerinin söz konusu zamanda ölümlerin meydana geldiği bölgede operasyonlar icra edip etmediğidir. Başvuruçuların akrabalarının öldürülmesi ile ilgili yakınmalarının kaderi bu hususun doğruluğunun önceden ispat edilmesine bağlıdır. Hükümet Spna bölgesindeki Azadi köyü civarında birliklerinin aktif olduklarını şiddetle reddetmektedir (*bk. yukarıda parag. 25 ve 58*). Bu iddianın makullüğü tarafların sunduğu yazılı ve diğer deliller ışığında, hukuka aykırı öldürme iddialarının gerçekten dayanağı olup olmadığını

belirlerken Mahkeme'nin uyguladığı kanıtlama standartlarına, bir başka deyişle “makul şüphe kalmayacak” şekilde kanıtlama standardına göre değerlendirilmelidir (*bk. 18.06.2002 tarihli Orhan – Türkiye kararı, parag. 264; 09.05.2003 tarihli Tepe – Türkiye kararı, parag. 125; ve İpek – Türkiye kararı, parag. 109*). Böyle bir kanıtlama, yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarsama veya benzer şekilde çürütülememiş maddi olaylara ilişkin karinelerin bir arada varolmasından kaynaklanabilir.

77. Mahkeme başvuruçuların, iddiaya konu yakınlarının tutulmalarından öldürölmelerine kadar giden olaylar zincirini açıklayan yazılı beyanlarını sunduklarına işaret eder. Başvuruçuların hepsi iddia edilen eylemlerin Türk askerlerince işlendiğine dair beyanlarında hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde açık iken, doğruluğu hakkında şüpheler bulunan (impugned) eylemlere katılan alayı veya komutanını teşhise yönelik hiçbir ayrıntı vermemişlerdir (*bk. yukarıda parag. 26-33*). Başvuruçular askerlerin üniformalarını da detaylı bir şekilde tasvir etmemişlerdir. Bu bağlamda söz konusu bölgede, Türk askerlerinin varlığına veya çobanların tutulduğuna dair bağımsız görgü tanığı beyanının bulunmadığı da belirtilmelidir.

78. Mahkeme, Bay Shookri Newayi ve diğer KDP yetkililerince Dohuk'ta yapılan basın toplantısı sırasında söylenenlere ilişkin olarak Ankara'daki KDP ofisinin yöneticisi Bay Safeen Dizayee'den gelen yazının muhteviyatı ile çelişmesi karşısında, bu beyanlara önem atfedilmemesi gerektiğini ve bunun her halükarda tartışma konusu olaylara karıştığı iddia edilen Türk birliklerinin karakteristiğine ilişkin kesin ve yeterli bilgiye sahip olmadıklarını düşünmektedir (*bk. yukarıda parag. 33, 38-40 ve 43*).

79. Ayrıca Mahkeme, ölüm sonrası muayene raporlarından ve çobanların cesetlerinden çıkarıldığı iddia edilen “MKE” markası fişek kovanlarını gösteren videolardan, ölümlerin Türk birliklerince açılan ateşten kaynaklanıp kaynaklanmadığını belirleyememiştir (*bk. yukarıda parag. 14, 35, 42 ve 48*). Mahkeme başvuruçularca sunulan ölüm sonrası muayene raporlarında, çobanların cesetlerinden MKE markalı mermilerin çıkarıldığına dair bir bahsin geçmediğini kaydeder (*bk. yukarıda parag. 34 ve 35*). Bundan dolayı Mahkeme, doğrulanmadığı ve en fazla ikinci dereceden delil olduğu için video filmine belirleyici bir önem atfedemez. Bu bağlamda Mahkeme başvuruçuların yakınlarının öldüröldüğü bölgenin söz konusu zamanda PKK militanları ile KDP peşmergeleri arasında şiddetli çarpışmalara sahne olduğu gerçeğini de göz ardı edemez (*bk. yukarıda parag. 41 ve 46*). Ayrıca haberler ve resmi kayıtlar, söz konusu dönemde Kuzey Irak'ta sınır ötesi operasyonların icra edildiğini ve Türk askeri varlığının orada bulunduğunu teyit ettiği halde, Türk birliklerinin Spna bölgesindeki Azadi köyüne kadar gittikleri sonucuna herhangi bir kesinlikte varmaya yeterli değildir (*bk. yukarıda parag. 36 ve 43-45*).

80. Son olarak Mahkeme, başvuruçuların akrabalarının serbest bırakılmalarını temin edebilmek ve cesetlerini bulduktan sonra da ölümlere ilişkin Türk yetkililerce soruşturma yürütölmesi sağlayabilmek için Türk subaylarına başvurdukları iddialarını da dikkate almıştır. Bununla birlikte Mahkeme, başvuruçuların Hükümetin Kuzey Irak'taki Türk Ordusu subaylarına hiçbir başvuru yapılmadığı tezini çürötmeye yeterli inandırıcı ve ikna edici delil ortaya koyamamaları karşısında ve Hükümetin tutumunu destekleyen KDP yazısı (*bk. yukarıda parag. 46*) göz önüne aldığında, bu iddiaların kanıtlanamadığı sonucuna varmaktan başka bir sonuca varamaz.

81. Mahkeme, elindeki tüm verilere dayanarak, başvuruçuların beyanlarına göre söz konusu zamanda mağdurların bulundukları bölgede ve daha açıkçası, Azadi köyünün üstündeki tepelerde, Türk Silahlı Kuvvetlerinin hareket icra ettiğini ispat edemediklerini düşünmektedir.”¹⁵

¹⁵ Issia ve Diğerleri/ Türkiye, İsmail Pamuk çevirisi, <http://aihm.anadolu.edu.tr/>

Yukarıdaki gerekçelerle Mahkeme, başvuruçuların yakınlarının Sözleşme'nin 1. maddesi bağlamında davalı devletin egemenlik yetkisi içinde bulunmadığı için, Sözleşme'nin 2, 3, 5, 8, 13, 14 ve 18. maddelerine dayandırılan yakınmaları incelemeye gerek görmemiştir.

Türkiye'nin Kuzey Irak'ta kısa süreli bile olsa yargı yetkisini ele geçirdiği anlamına gelecek kalıcı bir varlığı bulunmamaktadır. Mahkeme'nin değerlendirmesi bu açıdan Kıbrıs kararları ile çelişmediği gibi, Bankovic kararından da çok uzaklaşmamaktadır. Üstelik Mahkeme, başvuruçuların yakınlarının Türk askerlerince öldürüldükleri yolundaki savlarının yeterli ve güvenilir kanıtlarla desteklenmediği görüşündedir. Çok yönlü silahlı çatışmaların yaşandığı bölgede güç odakları arasındaki değişken ilişkiler, gerçeğin bulunmasını daha da zorlaştırmaktadır. Mahkeme'nin herhangi birini öne çıkarmadığı iki gerekçeyi bir arada değerlendirmesi, kararda kendisini zora sokacak, geçmişe dönük yorum güçlükleri yaratacak çelişkiler içine düşmemesini sağlamıştır. Ancak İssia kararının nesnel değerlendirmeler açısından ne oranda gerçeğe uygun düştüğü sorusu her zaman tartışmaya açık bırakılmıştır.

b. Costas ve Thomas ORPHANOU / Türkiye, 2009

Nitekim AİHM 4. Daire'nin Kıbrıs çıkartmasının sonuçlarıyla ilgili olarak 1 Aralık 2009 günü verdiği çok yeni bir karar, ne denli geçmişteki tutumunu savunur gibi göründe de, özünde gerçek bir özeleştirici niteliğindedir:

Türk Ordusu'nun 1974 yılında Kuzey Kıbrıs'a çıkarma yapmasının hemen ardından Temmuz ve Ağustos aylarında kendilerinden haber alınamayan dokuz Kıbrıslı Rum'un yakınları 1990 yılında Türkiye'ye karşı bireysel başvuruda bulunmuşlardı. Başvuruçular, yakınlarını yitirmelerinden doğrudan sorumlu bulunduğunu ileri sürdükleri Türkiye'nin, "geriye dönük etkili bir soruşturma yapmaması" nedeniyle de kusurlu olduğunu savunuyorlardı.

Bireysel başvuru hakkını 1987 yılında tanıyan Türkiye, 1974 yılında gerçekleştiği belirtilen bu olayla ilgili olarak "geriye dönük etkili bir soruşturma yapmaya" gerek olmadığını savunmuştur. Başvuruçuların altı aylık süreyi geçirip Türkiye'nin AİHM'ye bireysel başvuru hakkını tanımasından üç yıl sonra yaptıkları başvurularının kabul edilemez olduğuna karar verilmesini istemiştir. Savunmada ayrıca, yakınma konusu olaylardan 34 yıl sonra başvuruda bulunanların "hukuki menfaatlerinin kalmadığı" gerekçesiyle başvurunun reddedilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ancak AİHM bu savunmaları yerinde bulmayarak, önce Daire, ardından 10 Ocak 2008 günlü Büyük Kurul kararı ile Türkiye'nin AİHS 2, 3 ve 5'inci maddelerini ihlal ettiği görüşüne varmıştır. Kamuoyunda "Varnava" davası olarak bilinen davada Türkiye'nin her başvuruçuyu için 12 bin Euro manevi tazminat ve 8 bin [Euro](#) yagılama gideri ödemesine karar verilmiştir.

2008 yılı karara bağlanan "Varnava" davası, benzer konularda Türkiye'ye karşı yeni başvuruların gönderilmesine neden olmuştur. 1974 yılı ağustos ayında Türk Ordusu'nun Kuzey Kıbrıs'taki operasyonundan sonra kendilerinden bilgi alınamayan ve yaşayıp yaşamadıkları bilinmeyen yitik kişilerin yakınları olduklarını ileri süren 49 Kıbrıslı Rum, 17 Kasım 2004 ve 6 Ağustos 2009 tarihleri arasında, sorumlu olduğunu ileri sürdükleri Türkiye'ye karşı başvurularda bulunmuşlardır. Başvuruçular, aynı askeri girişim nedeniyle 1990 yılında Varnava ve diğerlerinin Türkiye'ye karşı yönelttikleri başvuruları dayanak göstermişler ve Sözleşme'nin 1, 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 ve 17. maddeleri ile 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinin çiğnendiğini ileri sürmüşlerdir. Başvuruları

birleştirerek tek bir kararla sonlandıran Mahkeme de, 1990 yılını ve Varnava kararını adeta bir “milat” gibi değerlendirmiştir. Kısaca özetlersek, Mahkeme’ye göre yakınlarını yitiren kişilerin, “olağan bir araştırmanın yapılamayacağı uluslararası çatışma durumu dışında, kendi hükümetlerinin ve Birleşmiş Milletler’in öncülüğünde başlatılan araştırma sonuçlarını beklemleri” doğal karşılanabilecektir.

Bu araştırmalar, yerleri bilinen toplu mezarların açılması gibi yitik kişilerin cesetlerinin bulunmasını sağlayacak her türlü arama çalışmalarının yürütölmesidir. Ancak 1990 yılı sonuna gelindiğinde Mahkeme, bu yöntemlerin artık bir yarar sağlamadığını, doğası gereği hukuksal bağlayıcılığı olmayan ve gizli tutulan cesetlerinin bulunması konusunda yitik kişilerin yakınlarına gerçekeçi umutlar vermediği görüşüne varmıştır.

Varnava olayında Mahkeme, 1990 yılı Ocak ayında yapılan başvuruların Sözleşme’nin 35/1 maddesinin amaçları doğrultusunda “tam zamanında” yapıldığını benimsemiş ve bu nedenle Türk Hükümeti’nin altı aylık sürenin aşıldığına ilişkin karşı savunmasını reddetmiştir.

Birleştirilen 49 davada ise, yakınmacılar, 17 Kasım 2004 ve 6 Ağustos 2009 tarihleri arasında Mahkeme’ye başvurmuşlardır. Bu durumda Mahkeme, Varnava kararı işiğinde, başvuruların altı aylık süre koşulunu açtıkları görüşüne varmıştır. Eğer bireysel davalarda 1990 yılının sonundan itibaren süregelen araştırmalarda somut ilerlemeler gerçekeşseydi, Strasbourg’a gelişlerindeki 14 yıllık veya daha fazla gecikme haklı göröllebilirdi. Ancak başvurucular bu konuda herhangi bir kanıt sunamamışlardır. Bu nedenlerle Mahkeme Sözleşme’nin 35 / 1. ve 4 maddesinin öngördüğü altı aylık süre koşulunun açılması gerekçeşiyle başvuruların kabul edilemezliğine karar vermiştir;

(Costas ve Thomas ORPHANOU / Türkiye, 2009)

1974 yılında gerçekeşen Kıbrıs çıkarmasının üzerinden 16 yıl geçtikten sonra yapılan başvuruların Mahkeme’ye göre nasıl Sözleşme’nin 35. maddesindeki iç hukuk yollarının tükenişini izleyen altı ay içinde verildiğini, olayın üzerinden 35-40 yıl geçtikten sonra 17 Kasım 2004 ve 6 Ağustos 2009 tarihleri arasındaki başvurularda neden altı aylık sürenin aşıldığını anlamak gerçeekten çok güçtür. Her iki kararda da, ölçüler belirsizdir.

Sonuçta AİHM, yalnız o kürsüde oturan yargıçların özel ve kişisel etkinlik alanları içinde bulunmamaktadır. Mahkeme, kapsama alanı içindeki bütün ölkelere ve bireylere karşı sorumludur. Ölkemize özgü ancak içeriği her zaman güncelliğini koruyan bir değişle, “mahkeme kadiya mülk değildir.” Yanlış ve çelişkili uygulamalar çok açık biçimde göröllelmektedir. Mahkeme’nin yukarıda olduğu gibi geriye dönük yeni içtihat değişiklikleri ile yanlışlarını düzeltmesi, ilgili ölkelerin de bu doğrultuda çalışmalar yapması gerektiğini düşünüyöruz.

15 Ocak 2009, Ankara

