ZAMAN VE AŞIMI: AĞIR İNSAN HAKLARI İHLALLERİNİN KILIFINI KALDIRMAK

Hukuki Analiz

Zaman acıları örtmeye yeter mi?

Yoksa adaletin gerçekleşmesi için zamanın geçmesini mi beklemek gerekir?

Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak

İHOP
"Cezasızlıktan Hesap Verebilirliğe: Sivil Toplum Örgütlerinin Izleme ve
Müdahale Kapasitelerinin Geliştirilmesi" projesi
Cezasızlık Kültürü - Yayın No: 3

Hazırlayan
Yrd. Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK

Yayın Sahibi
Kapasite Geliştirme Derneği
Tunus Caddesi 87/8 Kavaklıdere, Ankara
Tel : + 90 312 468 84 60
Faks: + 90 312 468 92 53

Bu raporun elektronik kopyasına ve daha ayrıntılı bilgiye **http://www.ihop.org.tr** adresinden ulaşabilirsiniz.

İçindekiler

1. BÖLÜM

1. Anayasa Mahkemesi ve Zaman: 12 Eylül Davaları ... 4
   A. AYM'nin Zaman Bakımından Yetkisi ... 6
   B. İstisna ... 9
2. AİHM, Zaman ve Kabul Edilebilirlik ... 12
   A. Sorun: Usul Ödevlerinin Ayrılabilirliği ... 15
      1. Ayrılan Usul Ödevinin Uygulanma Koşulları ... 16
         a) Gerçek Bağlantı Testi ... 19
         b) Sözleşme Değerleri Testi ... 21
      2. Kayıplar İstisnası ... 22
   B. Soruşturmanın Etkililiği 6 Ayda Başvurma Yükümlülüğü İlişkisi ... 25
      1. 6 Ay Kuralının İstisnaları ... 30
         a) Kayıplar ... 30
         b) Fiili ve Hukuki Engeller İstisnası ... 33
         c) Soruşturma Ödevinin Canlanması ... 37
3. Değerlendirme ... 42

2. BÖLÜM

1. Geçmişte İşlenen Suçların Maddi Hukuku ... 44
   A. Geçmiş Suçlar Soruşturulabilir mi? ... 46
      1. Suç ve Cezaların Kanuniliği Sorunu ... 46
      2. Türkiye Açısından *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege* İlkesinin Yarattığı Sorunlar ... 48
   B. Uluslararası Suçların Yıllar Sonra İç Hukuka Aktarılması Yoluyla Soruşturulması ... 51
      1. Suçun İşlendiği Tarihte Yürürlükte olan Uluslararası Hukuk Kuralı Ulusal Hukukta Uygulanabilir mi? ... 51
      2. Yasallık İlkesi Adalet İlkesine Karşı Güçleniyor mu? ... 59
   C. Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Geriye Yönelik Soruşturulması ... 63

İçindekiler

2. Ceza Soruşturmasının Zorunluluğu 70
A. Suçun İşlendiği Dönem ve Failin Durumu 72
B. Başvurucunun Durumu 76
C. Af ve Zamanaşımı Sorunu 77
D. AİHM veya AYM Zamanaşımı Davalarında Soruşturmanın Açılması Yönünde Karar Verebilir mi? 85
E. Değerlendirme 94

3. BÖLÜM
Sunuş 96
Geçici 15. Maddenin Dayanılmaz Hafifliği 98
1. Geçici 15. Maddenin Niteliği 102
2. Yargılama Yapılamaz Tezleri 106
A. Af Tezi 106
B. Zamanaşımı Tezi 108
3. Anti Tezler 109
A. Zamanaşımı 109
B. Af Tezi 111
4. Soruna Sistematik Yorum Yöntemiyle Bakmak 112
A. Sistematik Bütünlük 113
1. Özellik-Genellik 116
2. İlkeler-Kurallar 117
3. İki Temel İlkenin Çatışması 118
4. Öngörülebilirlik 124
5. Sonuç: Geçici 15. Madde Kalkmazsa Ne Olacaktı? 128

ZAMAN VE AŞIMI: AĞIR İNSAN HAKLARI İHLALLERİNİN KILIFINI KALDIRMAK

Zaman acıları örtmeye yeter mi? Yoksa adaletin gerçekleşmesi için zamanın geçmesini mi beklemek gerekir? Hukuk, zamanla ilişkisinde haklar arasında dengeyi nasıl korumalıdır?

Hukukun her alanını ilgilendiren zaman sorunu[1], insan hakları hukukunda ve onun dolayımı ile ceza hukukunda sürekli güncel ve kritik bir tartışma konusu olmaya devam ediyor. Şüphesiz özel hukukta ve kamu hukukunun diğer alanlarında da zamanın, hangi kuralın ne zaman uygulanacağının her zaman kritik bir önemi var. Bununla birlikte, farklı hukuk disiplinlerinin iç içe geçtiği insan hakları hukukunda özellikle de ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda ne kadar geriye gitmemiz gerektiği sorusu sürekli sorumluluk hukukuna ilişkin ilk soru olmaya devam ediyor. Bu öncelikli olarak insani bir soru. Ağır insan hakları ihlallerin mağdurlarına "bu kadar zaman geçti, unut acılarını" demek ne

1 Örn. bkz. Rosalyn Higgins (1997), "Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem", 46 ICLQ 501.

kadar adildir? Öte yandan teknik bir soru. Yeni bir kanunla, eskiden suç olmayanı suç haline getirmek, yeni taraf olunan uluslararası antlaşmayı geçmişte işlenen ağır insan hakları ihlallerine uygulamak ne kadar mümkündür?

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) yakın tarihli bir kararında belirttiği gibi zaman Türkiye'de Devlet sorumluluğunu karartmanın sistematik özel bir aracıdır. İşkence, kötü muamele ve yaşam hakkı ihlallerinde yetkili makamlar yasal engeller ve çoğunlukla da fiili nedenler nedeniyle ağır ihlalleri etkili bir şekilde soruşturup sonuçlandırmamakta, nihayetinde de soruşturmalar zamanaşımına uğramaktadır.[2] Bu nedenle, sorun Türkiye açısından sorun salt felsefi bir sorun da değildir. Can yakan pratik bir sorundur. Hatta zamanaşımı konusunu cezasızlık kavramının kalbinde yer aldığını söylemek sanıyoruz konuyu abartmak sayılmaz.

Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) bireysel başvuru almaya başlaması, daha önce uluslararası hukukta sürekli gündeme gelen geçmiş ihlallerle yüzleşme sorununu kaçınılmaz olarak yerel bir insan hakları sorununa da dönüştürmüştür. Öte yandan, AİHM'in güncel içtihadı; ikircikli, tutarsız ama zaman zaman ön açıcı yönüyle tekrar tekrar zamanın ağır insan hakları ihlalleri üzerine etkilerini düşünmeye zorluyor. AYM'nin bu sorundan hızlıca kaçma yönündeki tercihi, kısa vadede ulusal ve uluslararası bu iki içtihadın yolunun kesişmesini zorunlu kılacağa benziyor. Türkiye'nin kadim insan hakları sorunlarının tam da zaman sorununun içine kıstırıldığı düşünüldüğünde bu kesişmenin nasıl sonuçlanması gerektiğine dair geniş kapsamlı bir değerlendirmenin tam da zamanı olduğunu düşünebiliriz.

Bu çalışma bu arka planı dikkate alarak her iki yargı organı açısından üç ana soruyu cevaplamaya çalışacak. Birincisi bir usul sorusu. Bu yargı organları zaman bakımından hangi başvuruları incelemeye yetkilidir sorusu. AYM ve AİHM hangi geçmiş ihlallere bakmaya yetkilidir ve neye bakabilir? İkincisi iki başlıklı bir esas sorusu. Geçmişte gerçekleşmiş ağır insan hakları ihlalleri a. Şimdi yargılanabilir mi? b. Yargılamak zorunlu mu? Nihayet son olarak Anayasa karşısında, uluslararası hukuktaki yükümlülükler iç hukukta da geçerli kılıp, zamanaşımını kaldırıp insanlığa karşı suçları ve ağır insan hakları ihlallerini yargılamak mümkün müdür?

---

2 Uğur/Türkiye, no. 37308/05, 13.1.2015, para. 101-102.

Bu soruları elinizde tuttuğunuz kitap 3 bölümde inceliyor. İlk bölümde; insan hakları hukukunda zaman bakımından yetki ve geçmişte işlenen suçların AYM ve AİHM tarafından incelenebilme olasılığı tartışılacak. Bunun için önce AYM'nin geçmiş hakkındaki sınırlı içtihadı, AİHM'in geçmişle ilgili kapsamlı içtihadı incelenecek. İkinci bölümde; yargı kurumlarının inceleme yetkisi olan başvurular açısından; sonradan çıkan yasal düzenlemeler veya geniş yorum yöntemleriyle eski ağır insan hakları ihlallerinin cezalandırılmasının yasallık ilkesine uygun olup olmadığı ve Devletin bu yönde soruşturma açıp, sorumluları yargılama ödevi olup olmadığı art arda tartışılacak. Kitabın son bölümünde ise Anayasa'nın Geçici 15. maddesini kaldıran Anayasa değişikliği sırasında kaleme aldığımız ve daha önce yayımlanmayan bir makale ışığında Anayasa'nın 38. maddesinin zamanaşımının geçmişe yönelik olarak kaldırmaya engel olup olmadığı tartışılacak.

1. BÖLÜM

1. Anayasa Mahkemesi ve Zaman: 12 Eylül Davaları

AYM'ye bireysel başvuru alma yetkisini veren 2010 değişikliklerinin bir yandan da Geçici 15. maddeyi kaldırdığı için 12 Eylül darbesi dönemde işlenen suçların soruşturmalarının önünü açacağı düşünülmüştü. Çok sayıda işkence mağduru, savcılıklara başvurarak ilgililerin soruşturulup, cezalandırılmasını talep ettiler. İlginç bir tesadüf, AYM'nin zamanla ilgili ilk önemli testi de bu davalar aracılığıyla gerçekleşti. AYM, bu başvurulara bu dönemde işkence ve kötü muamele gördüğü iddiasında bulunan başvuruculların başvurularını seri olarak reddederek cevap verdi. İlgili başvurular, iç hukukta reddedildikten sonra dikkate sunulduğu takdirde AİHM tarafından incelenecek.[3] Ancak, AYM'nin bu ve benzeri davalardaki incelemesi hem akademik hem de hukuki açıdan ilgi çekici.

AYM, bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla en az 3 farklı başvuruda 12 Eylül 1980 Askeri Darbesi sonrasında işkenceye uğradığını iddia eden kişilerin zamanaşımına uğrayan soruşturmalarına ilişkin itirazlarını zaman bakımından yetkisiz olduğu gerekçesiyle kabul edilemez buldu.

AYM 1. Bölümün kabul edilemezlik kararı verdiği Abdullah Aydar başvurusunda, başvurucu 12 Eylül sonrasında biri 1980, biri 1981 ve biri de 1985 yıllarında olmak üzere üç farklı gözaltında toplam 74 gün işkence gördüğünü ileri sürmüştür. 30.4.2012 tarihinde bu şikâyetini Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına sunan başvurucunun şikâyeti, görevsizlik kararıyla Siirt Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. Başsavcılık lehe olan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesi uyarınca zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğu ve "*somut olayda 765 sayılı Kanun'un 104 ve devamı maddelerinde düzenlenen zamanaşımını durduran ve kesen sebeplerin de bulunmadığı, Anayasa'nın geçici 15. maddesine göre, Milli Güvenlik Konseyi ve bu Konsey'in yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin ve Danışma Meclisi'nin her*

3 Karara bağlanan iki başvurunun avukatı olan Ali Arif Cangı, bu başvuruları AİHM'e taşıdıklarını ifade etmiştir. Diğer benzer kararların da Strazburg'ta incelenmesi beklenebilir.

türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezai takibatın yapılamayacağının belirtildiği, şüphelilerin Anayasa'nın geçici 15. maddesi kapsamında dokunulmazlığa sahip olan kişilerden olmadığı, bu nedenle haklarında zamanaşımı sürelerinin işlediği, şüpheliler hakkında 1990 yılında zamanaşımı süresinin dolduğu…" gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Başvurucunun yaptığı itiraz Batman 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiş, bu karar başvurucuya 26.12.2012 tarihinde tebliğ edilmiştir.[4]

AYM, gözaltı işlemlerinin ve başvurucuya yapıldığı iddia edilen kötü muamelelerin Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başladığı 23.9.2012 tarihinden önce meydana geldiği anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "*zaman bakımından yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.[5]

AYM'nin İkinci Bölüm, Üçüncü Komisyonu tarafından verilen bir karar ise sorunun derece mahkemeleri tarafından nasıl görüldüğünü daha net olarak ortaya koymaktadır. Bu başvuruda[6], işkence mağduru olduğunu söyleyen başvurucuya Perşembe Cumhuriyet Savcılığı, işkencenin gerçekleştiği tarihte AİHM'in zorunlu yargı yetkisi geçerli olmadığı için ilgili döneme AİHM içtihatlarının uygulanamayacağını belirterek cevap vermiştir.[7] Başsavcılığa göre suç zamanaşımına uğramıştır. AYM, işkence değerlendirmesi bakımından olayın AYM'nin zaman bakımından görevine girmediğine karar verilmiştir. Kovuşturmaya gerek olmadığına dair karar bakımından ise; kararın keyfi olmadığı, başvurucunun iddialarının detaylı bir şekilde incelendiği bu nedenle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu karara bağlamıştır.[8] Görüldüğü gibi AYM esasa ilişkin ödevle, soruşturma ödevini ayırmış ama sadece suçun zamanaşımına uğramasına ilişkin yapılan incelemenin soruşturma ödevinin yerine getirilmesi bakımından yeterli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Aynı yaklaşım daha sonra başka bir kararda daha tekrarlanmıştır.[9]

---

4 Abdullah Aydar Başvurusu, no. 2013/64, 30.12.2104, para. 7-10.

5 Abdullah Aydar, para. 23.

6 No. 2013/8176, 28.1.2015

7 para. 4.

8 Para. 28.

9 B. No. 2014/5316, 30.1.2015.

AYM'nin geçmişe yönelik içtihadı, sadece 12 Eylül ihlalleri ile de sınırlı değildir. Genel Kurul tarafından karara bağlanan Aligül Alkaya ve Diğerleri başvurusunda; başvurucu 2003 yılında sorgu sırasında işkence gördüğünü iddia etmiştir. Yargıtay, açılan davanın zamanaşımına uğradığına 18.3.2010 tarihinde karar vermiştir. AYM, nihai kararın 23.9.2012 tarihinde verilmesi nedeniyle zaman bakımından yetkisiz olduğuna karar vermiştir.[10] Bu başvurunun AİHM önünde başarı şansı çok yüksektir. Bu kararın da gösterdiği gibi AYM, 23.9.2012 tarihinin öncesinde kesinleşmiş hiçbir işkence, yaşam hakkı ihlaline ilişkin yetkili olamayacağını düşünmektedir. Bu durumun, 1980li ve 1990lı yıllarda gerçekleşen ve 23.9.2012 öncesinde kesinleşen ağır insan hakları ihlallerinin AYMnin görev alanında dışında kaldığı şeklinde anlaşılması gerekir.

Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklikte ana hedefin AİHS ihlallerinin engellenmesi olduğu[11] hatırlandığında bunun çelişik bir sonuç olacağı ortadadır. İşin ilginç yanı, AYM esasen içinde bulunduğu normatif sistemin bir parçası olarak yorum yaparken, AİHM bu değerlendirmeyi dışarıdan yapmaktadır. Bu nedenle, AYM'nin zamanaşımı kuralının ve ilgili kararın hukuka uygunluğu denetleme ihtimali aslında AİHM'den daha fazladır. Ne var ki, AYM bu yolu takip etmemiştir.

A. AYM'nin Zaman Bakımından Yetkisi

AYM, Bölüm ve Komisyon zamanaşımı kararlarında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Bölüm kararı, işkence iddiaları ile kovuşturma açılmaması sorunu arasında bir fark görmemiş başvuruyu zaman bakımından kabul edilemez bulmuştur. Komisyon kararları ise işkence iddiaları açısından zaman bakımından yetkisizlik kararı vermiş, kovuşturma açılmamasına ilişkin bölümde ise zamanaşımı incelemesine dayanarak şikayetin etkili bir şekilde incelendiği için "açıkça dayanaktan yoksunluk" gerekçesiyle kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Her ne kadar Bölüm kararı, 5 yargıç tarafından alınmışsa da AİHMle içtihadı ile uyumlu olan yaklaşım, Komisyon'un yaklaşımı, yani işkence iddialarında esasa ilişkin yükümlülükle usule ilişkin yükümlülüğün ayrı ayrı incelenmesidir. Ancak Komisyon bu incelemesini yaparken

10 Aligül Alkaya ve Diğerleri, no. 2013/1138, 27.10.2015, para. 81.

11 Metin ve gerekçe için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=82348

Devletin etkili soruşturma ödevini ayrıntılı incelememiş sadece zamanaşımı konusundaki kararı yerinde görmüştür.

Bu saptama bir kaç açıdan önemlidir. AYM, zaman bakımından yetkisiz olduğunu saptadığı başvurularda "Bu hüküm gereğince Anayasa Mahkemesi, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler. Dolayısıyla Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisi ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvurularla sınırlıdır. Kamu düzenine ilişkin bu düzenleme karşısında, anılan tarihten önce kesinleşmiş nihaî işlem ve kararları da içerecek şekilde yetki kapsamının genişletilmesi mümkün değildir" ifadelerini kullanmaktadır.[12]

Buradan çıkan sonuç şudur; eğer olay 23.9.2012 öncesinde gerçekleşmiş ve fakat buna ilişkin soruşturma daha sonraki bir tarihte karara bağlanmışsa AYM, sadece soruşturmaya değil aynı zamanda olaya da bakacaktır. Somut bir olayla açıklamak gerekirse; 28 Mart 2012'de, yani henüz AYM bireysel başvuru almaya başlamadan önce gerçekleştirilen bir toplantıya ilişkin dava süreci 18.7.2013 tarihinde bittiğinde, AYM 28.3.2012 tarihinde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ve işkence yasağının ihlal edilip edilmediğini incelemiştir.[13] AYMnin incelemesi sadece olayın soruşturma kısmına ilişkin değildir. AYM bireysel başvuru almaya yetkili olmadığı dönemde gerçekleşen olaya ilişkin esastan da ihlal bulmuştur.

Bu açıdan bakıldığında, AYM'nin zamanaşımına uğramış başvurular açısından ikili bir ayrıma gideceğini varsaymak mümkündür. Eğer hem olay, hem de olaya ilişkin zamanaşımı kararı kritik gün olan 23.9.2012 öncesinde gerçekleşmişse AYM bu başvuruyu incelemeyecektir. Eğer, olay 23.9.2012 öncesi gerçekleşmiş ve fakat zamanaşımı bu tarihten sonra dolduysa muhtemelen AYM'nin hem olayı hem de olaya ilişkin soruşturmayı ve zamanaşımı kararını da incelemesi gerekecektir.

765 sayılı TCK'de öldürme suçu açısından 20 yıllık dava zamanaşımı bulunduğu düşünüldüğünde, Türkiye'de 1990'larda gerçekleşen yaşam hakkı ihlallerinin 23.9.1992 tarihi ve sonrasında olanlarının

12 B. No: 2012/832, 12.2.2013, para. 14.

13 Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/3924, 6.1.2015.

AYM'de inceleneceği, öncesinde olanların ise reddedileceği sonucu çıkarılabilir. Bu yaklaşım nedeniyle aynı dönemde gerçekleşen işkence fiillerinin tamamı ise zamanaşımına uğrayacak ve buna ilişkin başvurular AYM tarafından reddedilecektir.

AYM'nin bu içtihadı, bir olumlu bir olumsuz yönden Strazburg içtihadından ayrılmaktadır. AİHM, aşağıda ayrıntılı açıklanacağı gibi ihlal vücut veren olayın kritik gün[14] öncesinde gerçekleştiği vakalarda, vakada devletin ihlali gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğini incelemeyeceğini ancak kritik gün sonrasında *usule ilişkin bir ihlal iddiası* varsa koşulları mevcutsa bu iddianın incelenmesinin mümkün olabileceğini belirtmektedir. AYM, kritik gün öncesinde gerçekleşen bir olaya ilişkin olarak kritik gün sonrasında nihai karar verilmesi halinde başvurunun tamamını inceleyeceğini belirterek AİHM'den daha koruyucu bir yöntem geliştirmiştir. Bu yaklaşım hukuken değilse de hukuk siyaseti açısından anlaşılabilir. Eğer AYM, bu yöntemi kabul etmese ilk 3-4 yıl önüne gelen başvuruların hepsini reddedecek, kuruluş amacıyla tamamen çelişik bir sonuç ortaya çıkacaktı.

Burada şu ayrımı da not etmek gerekir. Olaya uygulanacak hukuk açısından 23.9.2012 kritik gün değildir. Bu tarih öncesinde gerçekleşen bir olayda da derece mahkemeleri aynı Anayasa hükümlerini uygulamak zorundaydı. Bu tarih, sadece yetkiye ilişkin bir kritik tarihtir. Bununla birlikte, aşağıda açıklanacağı üzere AİHM esas ve yetki açısından kritik gün konusunda büyük bir fark görmemektedir.[15]

AYM'nin Strazburg içtihadından olumsuz olarak ayrıldığı nokta ise daha çarpıcıdır. AİHM, kritik gün öncesinde gerçekleşen maddi ihlalin kritik günden sonra gerçekleşen usuli ihlalden ayrı olduğunu; ilkini inceleyemese bile ikincisini incelenebileceğini söylemektedir. AYM ise bu ayrımı yapmaksızın başvuruları reddetmektedir.

Bugüne kadarki içtihattan AYMnin zamana ilişkin yetkisi hakkında şu sonucun çıkması mümkündür:

---

14 Kritik gün tanımı; esas veya usul açısından ilgili hukuk kuralının uygulanacağı tarihin belirlenmesi için önemlidir. Bir Devletin AİHS'e taraf olduğu tarih, bireysel başvuruyu tanıdığı tarih veya Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini tanıdığı tarih bu anlamda kritik gündür.

15 Bkz. aşağıda 18 nolu not ve ilgili metin.

23.9.2012 sonrası olaylar	23.9.2012 öncesi olay 23.9.2012 sonrası kesinleşen karar	23.9.2012 öncesi olay 23.9.2012 öncesinde kesinleşen karar
Hem esas hem usul bakımından incelenir	Hem esas hem usul bakımından incelenir	Ne esas ne usul açısından incelenebilir

B. İstisna

Bu temel kuralın zaman bakımından istisnasının olup olmayacağını denetlemek açısından iyi bir fırsat çok yakın tarihte AYMnin önüne gelmiştir. Genel Kurul tarafından karara bağlanan Zeycan Yedigöl başvurusunda, başvurucunun oğlu 10.4.1981 yılında gözaltına alındıktan sonra kaybolmuştur. Aile; çeşitli idari makamların yanında, adli makamlara da başvuruda bulunmuştur. Soruşturmaların tamamında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (KYOK) verilmiştir. 1986 yılında başlatılan birinci soruşturma hakkında zamanaşımı nedeniyle 14.7.2000 tarihinde KYOK verilmiş, Başvurucunun 2012 yılında yaptığı ikinci suç duyurusu da aynı gerekçeyle 2.5.2012 tarihinde KYOK ile sonuçlanmıştır. Bireysel başvuruya konu olan, son başvuru ise yeni tanıklar bulunduğunu ve "12 Eylül 1980 Askerî Müdahalesi" lideri Ahmet Kenan Evren ve komuta kademesi ile İstanbul Emniyet Müdürlüğü Siyasi Şube Müdürü T.S. ve anılan Şubede görevli polislerin sorumlu olduğunu ileri sürmüştür.[16]

Olay bir kayıp vakası olduğu için süregelen ihlal olması[17], yıllarca yargılama yasağı olduğu için ve yeni tanıklar bulunduğu için soruşturmanın canlanması olasılığı[18], başvurucunun önündeki hukuki ve fiili engellerin kalkması[19], zorla kaybetmenin Anayasa'nın kurucu ilkelerine aykırı olması[20] ayrı ayrı veya kümülatif bir şekilde AYM'nin süreye ilişkin bu katı tutumunun gözden geçirilmesini mümkün kılabilirdi.

16 Zeycan Yedigöl Başvurusu, no. 2013/1566, 10.12.2015, para. 14-16.

17 Bkz. aşağıda II.A.2 ve II.B.1.a) başlıkları.

18 Bkz. aşağıda II.B.1.c) başlığı.

19 Bkz. aşağıda II.B.1.b) başlığı.

20 Bkz. aşağıda II.A.1.b) başlığı.

Aşağıda AİHM içtihadına ilişkin tartışmada görüleceği üzere, AİHM özellikle son 10 yıl içerisinde süreye ilişkin bu başlıklara ilişkin çeşitli istisnalar geliştirmiştir. AYM, bu kararların bir kısmına kararda geçerken yer vermiş ama hiçbirini tartışmamıştır. Örneğin, AYM Varnava ve Diğerleri kararına[21] atıfla "Kaybolma "anlık" gerçekleşen bir eylem veya olay değildir. Tam aksine kaybolan kişiye ne olduğuna dair bilginin bulunmadığı, belirsizliğin devam ettiği çelişkili bir durum söz konusudur. Devletin etkili soruşturma şeklindeki usul yükümlülüğü, himayesi altındayken kaybolan kişinin nerede olduğunu ve akıbetini açıklamadığı sürece potansiyel olarak devam eder. Dolayısıyla gerekli soruşturma yapmamayı sürdürme, nihayetinde kişinin öldüğü kabul edilecek olsa bile, devam eden bir ihlal olarak görülebilir" saptamalarını yapmış ama bu saptamayı verili olaya hiç uygulamamıştır.[22] AYM, yine AİHM bir kararına[23] atıfla "yargılama veya mahkûmiyet zamanaşımına uğratılarak bu tür suçlamalar sonuçsuz bırakılmamalı ve böyle davalarda af veya bağışlama gibi koruyucu önlemlerin alınmasına izin verilmemelidir" demekte ama neden bu başvuruda izin verilmesinin meşru olduğunu tartışmamaktadır. Soruşturmanın yeniden canlanması konusunda ise AİHM kararlarına atıf yapılmamakla birlikte bunun ilkesel olarak mümkün olabileceği belirtilmiş[24] ama bu olayda neden bunun mümkün olmadığı hiç tartışılmamıştır. Nihayet, fiili ve hukuki engeller açısından; başvurucu, Anayasa'nın yürürlükten kaldırılan geçici 15. maddesinin zamanaşımını kestiğini, insanlığa karşı işlenen suçlarda ve işkence suçlarında zamanaşımı sürelerinin işlemeyeceğini ileri sürmüş ama bu husus da AYM tarafından değerlendirilmemiştir.

Bir şekilde tüm bu sorunlar gündeme gelmesine rağmen bir ilke kararı olması gereken başvuru, Genel Kurul tarafından "Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında da belirtildiği üzere daha önce başvurulduğu ve reddedildiği için başarılı olunmayacağı belli olan başvuru yoluna, yeni bir delil ileri sürmeksizin bireysel başvuruların incelenmeye başlandığı tarih olarak belirlenen 23/9/2012 tarihinden sonra tekrar başvurulması sonucu verilen ret kararı

21 Varnava ve diğerleri/Türkiye [BD], no. 16064/90, 18/9/2009, para. 147-149.

22 Zeycan Yedigöl, para. 32.

23 Tuna/Türkiye, No: 22339/03, 19.1.2010, para. 71

24 Zeycan Yedigöl, para. 37.

üzerine yapılan bireysel başvurunun, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi kapsamında olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir"[25] gerekçesi ile reddedilmiştir. Buradan yola çıkarak AİHM'in kritik gün öncesinde gerçekleşen ve bir kararla kesinleşen ihlallerin kritik gün sonrasında soruşturulmasına ilişkin hiçbir istisna kabul etmediği kabul edilebilir.

AYM, yanıldığı ana nokta şudur. AYM'ye göre tüm ihlal iddiaları, ihlal ettikleri hakka, ihlalin oluştuğu koşullara bakılmaksızın aynı kural ve ilkelere tabidir. Bunun sonucu olarak, AYM, ağır insan hakları ihlalleri bir şekilde kapatılırsa bir daha açılamayacağını düşünmektedir. Bu yaklaşıma göre 2007de gerçekleşen bir olay 2010da affa uğrasa AYM buna bakamayacak ama 1995te gerçekleşen bir olay 17 yıl yargı önünde incelense AYM bu olayı inceleyebilecektir. Bu durumun ne kadar tutarsız bir sonuca yol açacağı açıktır. Bu tutarsızlığın sebebi, AYM'nin ihlalin gerçekleşmesine ilişkin ana ihlalle, bu ihlali soruşturmaya ilişkin usul ihlalini birbirinden ayırmamasıdır. AYM 12 Eylül başvurularının konusu, aslında bu dönemdeki ihlalin kendisi değil, bu döneme ilişkin ilk defa soruşturma imkanı doğduğunda bu soruşturmanın yapılması hakkındadır. Aşağıda görüleceği gibi ikinci ödev, insan hakları hukukunda ilkinden özerk bir nitelik kazanmıştır. İnsan hakları/zaman ilişkisi yeni bir kavram olmayıp, başta AİHM olmak üzere yıllardır uluslararası denetim organlarının farklı senaryolar geliştirdiği bir alandır. AYM, tüm bu tartışmaları içtihadında dışlamıştır. Bunun sonucu olarak, AİHM'de kabul edilip ihlal edilme potansiyeli olan başvurular AYM tarafından otomatik olarak reddedilmesi ihtimali vardır. Bununla birlikte, AİHM'e gidecek başvuruların zorunlu olarak AYM'yi bu içtihadı dikkate almaya zorlayacağı şüphesizdir. Çalışmanın ikinci bölümünde bu içtihat ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

25 Zeycan Yedigöl, para. 42.

2. AİHM, Zaman ve Kabul Edilebilirlik

Uluslararası hukukun genel kuralı bir Devletin ancak ihlalin gerçekleştiği tarihte tarafı olduğu Sözleşme hükümleriyle bağlı olacağıdır. Viyana Antlaşmalar Hukuk Sözleşmesi'nin 28. maddesi uyarınca, aksi açıkça düzenlenmemişse Sözleşmeler geçmişe yönelik sonuçlar doğurmazlar.[26] AİHM de bir çok kararında, bu tür başvuruları tartışmaya girmeksizin zaman bakımından kabul edilemez bulmuştur.[27] Aynı durum, denetim organlarının yetkisini tanıyan bildirimler açısından da geçerlidir. Örneğin, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na bireysel başvuru hakkını tanıdığı 28 Ocak 1987den önce gerçekleşen bir ölüm olayı gerçekleştiği gün sonuçlandığı için bu olayın esası bakımından AİHM'in inceleme yapması mümkün değildir.[28] Bu hususta bir tartışma da mevcut değildir.[29]

Sorun, kritik gün öncesinde gerçekleşen bir ihlalin kritik günden sonra da halen devam etmesi veya bu ihlalden bağımsız ama bu ihlalle bağlantılı başka bir ödevin kritik günden sonraya sarkması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu halde, insan hakları denetim organlarının olay üzerinde yetkisi var mıdır?

---

26 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, md. 28. Kadiķis/Letonya (kab. ed. kar), no. 47634/99, 29.6.2000.

27 Örn. Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia dall'internamento e dalla Guerra di Liberazione (A.N.R.P.) ve 275 diğer b/Almanya, no. 45563/04, 4.9.2007; Grosz/Fransa, No. 14717/06, 16.6.2009.

28 Cankoçak/Türkiye, no. 25182/94 ve 26956/95, 20.2.2001, para. 26; Varnava ve Diğerleri/Türkiye, no. 16064/90, 18.9.2009, para. 133.

29 Türkiye gibi Sözleşmeyi onayladıktan sonra bireysel başvuru hakkını tanıyan ülkeler açısından, başvuru konusu olayın her iki tarihten de önce gerçekleşmesi halinde hangi tarihin kritik gün sayılacağı konusunda bir tartışma çıkabilir. Bu konuya ilişkin ilginç bir ulusal mahkeme kararı, 1948 yılında Birleşik Krallık'a bağlı olduğu zamanlarda Malezya'da gerçekleşen bir olaya ilişkindir. Olayda davacılar kritik günün Birleşik Krallık'ın bireysel başvuru hakkını tanıdığı 1966 yılında, davalılar ise Sözleşme'nin Birleşik Krallık açısından yürürlüğe girdiği 1953 yılında olduğunu ileri sürmüştür. Keyu and others (Appelants) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another (Respondents), [2015] UKSC 69.

Blecic/Hırvatistan davasında AİHM, Sözleşmede korunan bir hakkın ihlaline yol açan müdahalenin kritik gün öncesinde gerçekleştiği durumdaki genel ilkeleri saptamıştır. Bu karara göre, ihlal kritik günden önce gerçekleşmişse bu ihlali ortadan kaldırmak için başvurulan giderim araçlarının (*remedies*) kritik günden sonra kullanılması, AİHM'in bu şikayete bakabileceği anlamına gelmez.[30] AİHM'e göre aksinin kabulü Sözleşmelerin geri yürümezliği ilkesine aykırı olur.[31] Buradan genel ilkenin, giderimin esas ihlale bağlılığı ilkesi olduğu sonucu çıkarılabilir. Dikkat edilirse, bu sonuç yukarıda tariflediğimiz AYM zaman çizelgesinin tersi bir sonuç vermektedir. Blecic ölçütüne göre bir başvurunun kabul edilebilirliğini şu şekilde tablolaştırabiliriz:

2.1.1987[32] sonrası olaylar	2.1.1987 öncesi olay 2.1.1987 sonrası kesinleşen karar	2.1.1987 öncesi olay 2.1.1987 öncesinde kesinleşen karar
Hem esas hem usul bakımından incelenir	Ne esas ne de usul açısından incelenir	Ne esas ne usul açısından incelenebilir

Blecic bir mülkiyet hakkı davasıdır ve bu davada başvurucu hakkına müdahalenin devam eden bir durum (*continuing situation*) olduğunu ileri sürmüştür. AİHM, mülkiyet hakkına müdahalenin devam eden bir nitelik taşımadığını düşünmektedir.[33]

Ne var ki, yaşam hakkı ve işkence yasağı ihlallerinde durum farklıdır. Bu alanlarda devletin soruşturma ödevi vardır ve soruşturma ödevi devam eden bir ödevdir. Çünkü esasa ilişkin ödevden farklı olarak, bir kez gerçekleşmekle son bulmamaktadır. Sonucu anında

30 Blecic/Hırvatistan, no. 59532/00, 8.3.2006, para. 81.

31 Bu içtihadın önemli bir istisnası makul sürede yargılanma hakkına ilişkin yapılmış başvurulardır. Ancak bu başvuruların konusu esasa ilişkin bir başvuru değil bizzat yargılamanın uzun sürmesidir. Bu nedenle, aslında iddia sadece geçmişe değil aynı zamanda şimdiye ilişkindir.

32 Türkiye'nin bireysel başvuruyu tanıma tarihi esas alınmıştır.

33 Malhous/Çek Cumhuriyeti (kab. ed. kar.) [BD], no. 33071/96, ECHR 2000-XII. Mülkiyet hakkının bu yönüne ilişkin tartışma için bkz. Kerem Altıparmak (1999-2003), The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate Prosecute and Punish Under International Human Rights Law, 21-25 Turkish Yearbook of Human Rights 3, 15-19.

gerçekleşip sonlanan davranışlardan (*instantaneous act*) farklı olarak devam eden ihlal bir süre devam eder.[34] Bir soruşturma yıllarca sürebilir ve bu süreç boyunca da soruşturma makamlarının hakikati ortaya çıkarmak için özen yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu nedenle, soruşturmanın etkili bir şekilde yürütülmemesi devam eden bir ihlale (*continuing violation*) yol açar. Bu husus geçmişte gerçekleşmiş ihlaller bakımından iki önemli soruyu sormayı gerektirir. Kritik günden önce gerçekleşen ihlallere ilişkin usul ödevi soruşturma devam ediyorsa kritik günden sonra AİHM tarafından incelenebilir mi? Eğer incelenebilirse soruşturma ödevi ne kadar süreyle devam eder?

İlk sorunun cevabı, 2. ve 3. maddelerdeki hakların ikili (esas/usul) yapısı dikkate alınarak cevaplanabilir. AİHM, Blecic sonrasında bazı 2. ve 3. madde usul kararlarında da benzer bir yol izlemiş ve esas hakkında yetkisi olmadığı davalarda usul sorununa da karar veremeyeceği sonucuna ulaşmış bu yönde talepleri reddetmiştir.[35]

Silih/Slovenya kararında AİHM Büyük Daire, son derece karışık bir hale dönüşen bu içtihadı yeniden tartışmak zorunda kalmıştır. Başvuruculaların oğlu, Slovenya'nın AİHS'e taraf olmasından önce, yani kritik günden önce, bir hekim hatası nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Başvurucular, davalı Hükümetin yaşam hakkı ihlalini etkili bir şekilde soruşturmadığını ileri sürmektedir. Silih'de AİHM daha önceki içtihadını özetlemiş, bu içtihattaki dağınıklık açıkça tespit edilmiştir. Adil yargılanma davaları açısından, kritik gün öncesinde başlayan davanın kritik gün sonrasındaki bölümünün makul sürede tamamlanıp tamamlanmadığı[36] veya adil olup olmadığı[37] konularında AİHM'in neden yetkisinin bulunduğunu anlamak müm-

---

34 Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devlet Sorumluğu Taslak Maddeleri'nin 14. maddesi bu ayrımı düzenlemektedir. Articles on Responsibility of States for international wrongful acts, adopted by the ILC, UN GA Res. 56/83, UN Doc. A/RES/56/83/Annex. Bkz. Altıparmak, s. 9 vd.

35 Kholodov ve Kholodova/Rusya (kab. ed. kar.), no. 30651/05, 14.9. 2006; Voroshilov/Rusya (kab. ed. kar.), no. 21501/02, 8.12. 2005; Moldovan ve Diğerleri Rostaş ve Diğerleri/Romanya (kab ed. kar.), nos. 41138/98 and 64320/01, 13.3. 2001

36 Foti ve Diğerleri/İtalya, 10.12.1982, Series A no. 56, para. 53.

37 Barberà, Messegué ve Jabardo/İspanya, Series A 146, 6.12.1988, para. 60, 61 ve 84.

kündür ama diğer davalar açısından[38] tutarlı bir yaklaşımın bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bu tutarsız yaklaşımı aşmak için, AİHM Silih'de genel ilkenin Blecic'te ortaya konduğunu kabul etmiş, 2. ve 3. maddelerdeki usul ödevi için bu genel ilkeye istisna bir özel durumun var olup olmadığını tartışmıştır.

A. Sorun: Usul Ödevlerinin Ayrılabilirliği

Bilindiği gibi, AİHM yaşam hakkı ve işkence/kötü muamele yasağına ilişkin içtihadında Taraf Devletlerin esasa ilişkin ödevleri yanında usule ilişkin ödevlerini de incelemektedir. Buna göre, Devletin ilgili davalarda her iki başlıktan sorumlu olması söz konusu olabildiği gibi sadece usul ödevini ihlalden dolayı sorumlu tutulması da mümkündür. Buna göre, her ne kadar ölüm olayının sorumlusunun Devlet olduğu esas bakımından kanıtlanamasa da, ölümü etkili bir şekilde soruşturmayan Devletin usul bakımından sorumlu tutulması mümkün olabilecektir.[39] Ya da esasa ilişkin ihlalin faili Devlet ajanı olmasa bile, bu olayı etkili bir şekilde soruşturmayan Devlet usule ilişkin ödevin ihlalinden dolayı sorumlu olacaktır.[40] Bu iki ödev, birbiriyle ilgili ama birbirinden ayrıdır.[41]

Yaşam hakkı ihlalinin etkili soruşturulması ödevinin başlayabilmesi için öncelikle esas bakımından bir saldırı olması gerektiği ve bunun nasıl gerçekleştiğine ilişkin bir şüphenin bulunması gerektiği açıktır. Ancak bu şekilde başlayan ödev, Devletten olayı aydınlatması ve sorumluları tespit etmesi beklenebildiği süre boyunca da devam eder.[42]

---

38 Örneğin, bir ifade özgürlüğü davası olan Zana/Türkiye'de AİHM'in neden bu şekilde karar verdiğini anlamak kolay değildir. Zana/Türkiye [BD], RJD 1997-VII, 25.11. 1997, para. 41-42.

39 Yaşa/Türkiye, 2.9.1998, RJD 1998-VI, para. 100; *Süheyla Aydın/Türkiye,* no. 25660/94, 24.5.2005, para. 171.

40 Calvelli ve Ciglio, no. 32967/96, 17.1.2002, para 5; ve Vo/Fransa [BD], no. 53924/00, ECHR 2004-VIII, para.94, ECHR 2004-VIII; Osmanoğlu/Türkiye, no. 48804/99, 24.1.2008, para. 87.

41 Bilebildiğimiz kadarıyla literatürde bu ayrımı ilk kez ileri süren ve AİHS açısından uygulayan ilk eser tarafımızdan kaleme alınmıştır. Her ne kadar, bazı açılardan o eserde ileri sürülen görüşlerden ayrılsa da, bu yaklaşım 6 sene sonra AİHM tarafından da kabul edilmiş ve uygulanmaya başlanmıştır. Bkz. yukarıda not 33te anılan eser.

42 Bkz, aynı yönde, Brecknell/Birleşik Krallık, no. 32457/04, 27.11.2007, para. 66-72; Hackett/Birleşik Krallık, (kab ed. kar.) no. 34698/04, 10. 5.2005.

AİHM, Silih'e kadar içtihadında, usuli ödevi esas ödevinden bağımsız olarak değerlendirmiş ve bir çok davada ilkinden ihlal bulmazken ikinci başlıkta ihlal bulmuştur. AİHM'e göre etkili soruşturma ödevi içtihatta, ayrı ve özerk bir ödeve dönüşmüştür.[43]

1. Ayrılan Usul Ödevinin Uygulanma Koşulları

Bu çok tekrarlanan içtihadın kritik gün öncesinde gerçekleşmiş 2. ve 3. madde ihlal iddiaları açısından çok önemli bir sonucu vardır. Esasa ilişkin yaşam hakkı ihlali anlık bir ihlal (*instantenous*) tipidir ve ihlalin gerçekleşmesiyle son bulur. Bu nedenle, bir olay kritik gün öncesi gerçekleşmişse AİHM'in bu olayı esas bakımından incelemesi mümkün değildir.[44] Bir başka deyişle, bir olay AİHS'in yürürlüğe girmesinden veya ilgili Devletin AİHM'in zorunlu yargı yetkisini tanımasından önce gerçekleşmiş ve bitmişse bu olaya ilişkin AİHM'in zaman bakımından yetkisinden söz edilemez.

Sorun, 2. ve 3. madde davalarındaki usul ödevine ilişkin yetkide ortaya çıkmaktadır. AİHM, kritik günde gerçekleştiği için esasına ilişkin inceleme yapamadığı bir başvuruda usul ödevinin yerine getirilmemesi nedeniyle ihlal bulabilir mi? Doğu Bloğundan ülkelerin Avrupa Konseyi'ne ilk üye olduğu dönemde, AİHM çok sayıda bu tür başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.[45] Daha yakın tarihlerde ise içtihadın değişmeye başladığı gözlemlenebilmektedir. AİHM, Silih kararı öncesinde bu yönde kararlar vermiştir. Bu uygulamanın en önemli örneklerinden biri, 12 Eylül askeri müdahalesinin hemen ardından gerçekleşen bir işkencede ölüm vakasıdır. Teren Aksakal/Türkiye davasında, başvurucunun eşi, 12 Kasım 1980de, Türkiye bireysel başvuru hakkını tanımadan (28 Ocak 1987) 6 yıl önce işkence altında ölmüştür. 1980de başlayan yargılama süreci 2003 yılına kadar devam etmiştir. AİHM, daha sonra Silih'te ilkeye dönecek özerk soruşturma ödevinin, yaşam hakkı ihlali kritik günden önce gerçekleşmiş olsa bile Taraf Devlete kritik gün sonrası için yüklenebileceğini kabul etmiştir.[46] Görüldüğü gibi AİHM, yetkisinin 12 Eylül döneminde gerçekleşen

---

43 Silih/Slovenya, no. 71463/01, 9.4.2009, para. 153-159; Varnava ve Diğerleri/Türkiye, no. 16064/90, 18.9.2009, para. 138-139.

44 Blečić/Hırvatistan, para. 70

45 Harun Abiloglu ve 96 Diğer Başvurucu/Bulgaristan, No. 39553/98, Komisyon kararı, 20.5.1998.

46 Teren Aksakal/Türkiye, no. 51967/99, 11.9.2007, para. 69.

olayların kritik gün sonrasında devam eden soruşturmasına kadar uzandığını düşünmektedir.

AİHM Büyük Daire, Silih'te 2. ve 3. maddeye ilişkin soruşturma ödevinin Blecic'teki genel giderim ödevinden farkının koşullarını saptamıştır. Buna göre, soruşturma ödevi Taraf Devletlere sınırsız bir yükümlülük yüklemez. Birincisi, AİHM sadece yetkisinin tanındığı tarihten sonra gerçekleşen olaylara ilişkin inceleme yapabilir. Ne kadar ağır usuli bir ihlal olursa olsun, bu tarihten önceki aykırılıklar inceleme konusu olamaz. İkincisi ölümle, Taraf Devletin Sözleşme'ye taraf olması (veya AİHM'in yetkisini tanıması) sonucu usuli ödevin hayata geçmesi arasında gerçek bir bağın olması gerekir. Bu nedenle, soruşturma işlemlerinin önemli bir kısmının kritik gün sonra yapılmış olması gerekir.[47] Bununla birlikte, AİHM, Sözleşme'nin esas ilkelerinin ve güvencelerinin gerçek ve etkili bir şekilde korunması için ihtiyacın da bu bağı kurabileceğini kabul etmiştir.[48] Silih davasında, başvuruculaların oğlu, Slovenya Sözleşmeye taraf olmadan 6 ay önce öldüğü için bu bağın kurulması güç olmamıştır. Ancak bu bağın daha uzun sürelerde kurulup kurulamayacağı sorusu AİHM'in daha sonraki içtihatlarına kalmıştır.

AİHM, Romanya'da Çavuşesku'nun görevden düştüğü dönemde ve sonrasında yeni iktidara yönelik protestolarda gerçekleşen yaşam hakkı ve işkence yasağı ihlallerinde Silih içtihadını uygulama imkanı bulmuştur. 1989[49] ve 1990 yıllarında, Romanya'nın Sözleşme'ye taraf olmasından 4-5 yıl önce gerçekleşen ve çok sayıda kişinin hayatını kaybetmesiyle sonuçlanan olaylara ilişkin olarak şikayet konusu soruşturmanın büyük bir bölümünün kritik gün sonrasında gerçekleşmesi nedeniyle kabul edilebilirlik kararı vermiş ve ihlal olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Jularic davasında hükümet zaman bakımından bir itirazda bulunmamıştır. Yetki konusunu itiraz olmasa bile inceleme

47 Silih/Slovenya, para. 163.

48 Silih/Slovenya, para. 163.

49 Şandru ve Diğerleri/Romanya, no. 22465/03, 8.12.2009, para. 55-59; Agache ve Diğerleri/Romanya, no. 27212/02, 20.10.2009, para. 67-73; Association 21 December 1989 ve Diğerleri/Romanya, no. 33810/07, 25.5.2011, para. 114-118; Pastor and Ţiclete/Romanya, no. 30911/06, 19.4. 2011, para. 50

yetkisi olan AİHM, muhtemelen Silih içtihadının artık açık olduğu düşüncesiyle bu tartışmaya girmemiş, Kasım 1997de AİHSi onaylayan Hırvatistan'ın 1991'de gerçekleşen öldürme eylemine ilişkin etkili soruşturma ödevini yerine getirmediği gerekçesiyle 2. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.[50] Tuna/Türkiye davasında da, başvurucular 1980 yılında öldürülen Faruk Tuna'nın babası ve erkek kardeşidir. Türkiye bireysel başvuru hakkını, maktülün öldürülmesinden 7 yıl sonra tanımıştır. Bununla birlikte, Tuna'yı öldüren polisler hakkında iki ayrı ceza davası bu tarihten sonra açılmış, polislerin büyük kısmı hakkındaki dava 2003 yılında zamanaşımından düşmüştür. AİHM Silih içtihadı uyarınca başvuruyu kabul edilebilir bulup, usul ödevi açısından Türkiyeyi mahkum etmiştir.[51] Paçacı ve Diğerleri başvrusu Türkiye'ye ilişkin karar verilen ve orijinal olayın çok erken tarihlerde gerçekleştiği bir başka örnektir. Başvurucular, 4 Temmuz 1980 tarihinde Çorum olayları sırasında katledilen Ali ve Veysel Paçacı'nın yakınlarıdır. Olaya ilişkin yürütülen davalardan biri 1 Kasım 1989da bir diğeri ise 28 Aralık 2004te tamamlanmıştır. Bu iki karar açısından başvurucular 5 Ocak 2007 tarihinde başvurduğu için AİHM 6 aylık başvuru süresinin dolduğuna karar vermiştir. Ceza zamanaşımının dolması nedeniyle düşen 25 Eylül 2006 tarihli üçüncü karar açısındansa Silih içtihadı uyarınca AİHM kendini zaman bakımından davayı görmeye yetkili görmüştür.[52]

AİHM'in Silih'te geliştirdiği içtihat, bir çok davada tekrar ziyaret edilmiştir.[53] Bazı 3. madde davalarında da aynı ölçüt uygulanarak, usuli ödevin kritik tarih sonrasında ihlal edilip edilmediğine bakma konusunda AİHM süre bakımından kendini yetkili görmüştür.[54] Bununla birlikte, içtihadın açtığı yolun nereye kadar uzanabileceği kısa bir süreliğine belirsiz kalmıştır. Janowiec/Rusya başvurusunda[55], AİHM Silih ölçütünü açıklamak ve geliştirmek zorunda kalmıştır.

---

50 Jularić /Hırvatistan, no. 20106/06, 20.1.2011, para. 45-51.

51 Tuna/Türkiye, no. 22339/03, 19.1.2010.

52 Paçacı ve Diğerleri/Türkiye, no. 3064/07, 8.11. 2011, para. 65-66 ve 72.

53 Igor Shevchenko/Ukrayna, no. 22737/04, 12.1. 2012; Dimovi/Bulgaristan, no. 52744/07, 6.11. 2012; Lyubov Efimenko/Ukrayna, no. 75726/01, 25.11. 2010.

54 Yatsenko/Ukrayna, no. 75345/01, 16.2. 2012, Stanimirović/Sırbistan, no. 26088/06, 18.10.2011; P.M./ Bulgaristan, no. 49669/07, 24.1.2012

55 Janowiec ve Diğerleri/Rusya, (BD), no. 55508/07, 21.10.2013.

Mahkeme öncelikle Silih'in yarattığı bazı belirsizlikleri ve mantıksızlıkları gidermeye çalışmıştır. Buna göre, AİHM'in zaman bakımından yetkisi mutlak bir şekilde sadece kritik gün sonrasında yapılan veya ihmal edilen usuli işlemlere (*procedural acts and ommissions*) ilişkindir. Usuli işlemler 2 ve 3. maddelerdeki usul ödevine içkin olan şekilde anlaşılmalıdır. Bu işlemler; cezai, hukuki, idari veya disiplin sürecinde sorumluların tespitini ve cezalandırılmasını ve zarar gören kişiye tazminat ödenmesini sağlayacak işlemlerdir. Bu nedenle, bu ödev tarihsel hakikati ortaya çıkarma örneğinde olduğu gibi diğer tipteki soruşturmalara uygulanmaz.[56] Hakikat komisyonları, meclis çalışmaları[57], araştırma raporları bu kapsamda görülemez.

Janowiec/Rusya başvurusunda, başvurucular 1940 yılında Rusya Federasyonu tarafından öldürülen yakınlarına ilişkin yaptıkları başvuruların etkili bir şekilde soruşturulmamasının Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AİHM, Silih içtihadını üç ayrı başlık altında incelemiştir.

a) Gerçek Bağlantı Testi

Mahkeme'ye göre, kritik günle pozitif ödeve vücut veren olay arasında gerçek bir bağın olması gerekir. Bu bağ öncelikli olarak sorumluluğa vücut veren olayla kritik gün arasında kısa bir süre fark olması ile tespit edilebilir. 10 yılı aşkın bir süre normalde kısa süre şartını yerine getirmeyecektir. AİHM'in süre dışındaki 2. koşulu ise ölümün sebebini ve sorumlularını saptamaya ilişkin soruşturmanın önemli bir kısmının kritik günden sonra yapılmasıdır.[58] Buna göre, kritik gün öncesinde gerçekleşen bir ölüm ve işkence olayının soruşturulması için şu iki durumun da bulunması gerekir:

a. Öldürme veya işkence vakası ile kritik gün arasında 10 yıldan kısa bir süre bulunmalıdır;

b. Soruşturmaya ilişkin şikayet konusu işlemlerin önemli bir kısmı kritik günden sonra hayata geçirilmiş olmalıdır.

---

56 Janowiec ve Diğerleri/Rusya, para. 143.

57 Bununla birlikte, AİHM'in en az bir örnekte, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu tarafından yapılan incelemeyi dikkate aldığını hatırlatmak gerekir. Bkz. Meryem Çelik ve Diğerleri/Türkiye, no. 3598/03, 16.4.2013.

58 Janowiec ve Diğerleri/Rusya, (BD), no. 55508/07, 21.10.2013, para. 147; Monacu ve Diğerleri/Romanya, (BD) no. 10865/09, 17.9.2014, para. 206.

Kritik günle, ölüm olayı arasında 10 yıldan kısa bir süre olan davalarda AİHM'in genelde süre bakımından kendini yetkili gördüğü açıktır.[59] Jelic/Hırvatistan vakasında AİHM Janowiec'i uygulamıştır. Başvurucunun eşi 1991de öldürülmüş, 1992den sonra davayla ilgili ciddi bir gelişme olmamıştır. Hırvatistan Sözleşme'ye 1997 yılında taraf olduktan sonra ulusal makamlar 2000 Aralık'tan Mart 2011'e kadar potansiyel tanıkları dinlemişler, 9 Aralık 2013 tarihinde de bir karar verilmiştir. AİHM, bir savaş suçunun dava konusu olduğu vakada, gerçek bağlantı testinin iki koşulunun da yerine getirildiğine karar vermiştir.[60]

Gerçek bağlantı testinin yarattığı bir mantıksızlık vardır. Eğer bir Devlet kritik gün sonrasında bir şekilde çaba harcar ve soruşturmayı devam ettirirse Sözleşme uyarınca sorumluluğu olabilecektir. Ancak kritik gün öncesinde hiçbir şey yapmayan Devlet, kritik gün sonrasında da aynı kayıtsızlığı devam ettirirse, Strazburg yolu açılmamak üzere kapanacaktır.[61] Bu ciddi mantık sorunu, aşağıda görüleceği gibi 6 ay içinde başvuru yapma ölçütü açısından da ortaya çıkmaktadır. Gerçi AİHM, sadece yapma değil yapmama şeklindeki davranışların da Devletin sorumluluğunu doğuracağını kabul etmektedir. Bununla birlikte, yapmama ödevi yeni bir delil ve bilgi çıkması halinde gündeme gelecektir.[62]

Halbuki ağır insan hakları ihlallerinde çoğunlukla bilgi Devletin kontrolündedir ve hiçbir zaman ortaya çıkmamaktadır. Bu durumda gerçek bağlantı hiçbir zaman kurulamayacağı için ağır insan hakları ihlalleri de hep karanlıkta kalacaktır. Ağır insan hakkı ihlallerinin mağdurları genelde alt sınıflardan gelen kişilerdir. Buna ek olarak, ihlallerin yaşandığı olağanüstü dönemlerde adalete ulaşma konusunda ciddi engellerle karşılaşmaktadırlar. Bu insanların hem haklarından haberdar olmaları, hem adalet mekanizmalarına ulaşmaları hem de hukuki ve fiili tüm engelleri aşarak zamanında AİHM'e başvurmalarını beklemek gerçekçi değildir. Elçi ve Diğerleri kararı[63], sadece mağdurların değil onları temsil eden

59 Şandru ve Diğerleri/Romanya, para. 55-59; Paçacı ve Diğerleri/Türkiye, para. 63-66; Jularić/Hırvatistan, para. 45-51.

60 Jelic/Hırvatistan, no. 57856/11, 12.6.2014, para. 57.

61 Örnek bkz. Çakır/Kıbrıs, no. 7864/06, 29.4.2010.

62 Janowiec ve Diğerleri/Rusya, para. 144.

63 Elçi ve Diğerleri/Türkiye, no. 23145/93, 13.11.2003.

avukatların bile ne kadar büyük tehdit altında olduğunu en somut şekilde göstermektedir. Avukatlar AİHM'e yaptıkları başvurular nedeniyle uzun süreler gözaltında kalmış ve işkenceye uğramıştır. Mahkeme'nin bu adaletsizliği çözmek için geliştirdiği ve aşağıda tartışılan istisnalar da sorunun çözümü için yeterli değildir.

b) Sözleşme Değerleri Testi

Bazı istisnai durumlarda, başvuru gerçek bağlantı testini geçemese bile Sözleşmenin temelini oluşturan değerlerin ve güvencelerin gerçek ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı bir bağın varlığını tanımak için yeterli bir temel oluşturacaktır. Bu durum, ihlale yol açan vakanın olağan bir suçtan daha geniş bir boyuta işaret ettiğinde ve bu da Sözleşmenin temellerinin inkarı anlamına geliyorsa mevcuttur. Bu durum; ilgili uluslararası hukuk metinlerinde tarif edilen savaş suçları, soykırım veya insanlığa karşı suçlar gibi ciddi uluslararası hukuk suçları olduğunda söz konusudur.[64]

Sözleşme Değerleri Testi, AİHM'e süre açısından sınırsız bir yetki veriyor gibi gözükmekle birlikte, AİHM burada da yükümlülüğü oluşturan olaylar için bir sınır çizmiştir. Buna göre, Taraf Devletlerin sözleşme değerleri testinden kaynaklanabilecek ödevleri en erken AİHS'in yürürlüğe girdiği tarih olan 4 Kasım 1950ye kadar geri gidebilir. Bu tarihten önce gerçekleşen suçlar ne kadar ağır olursa olsun Taraf Devletler açısından soruşturma ödevine neden olamazlar. Her ne kadar, bazı Devletler II. Dünya Savaşı dönemine ilişkin suçları yargılamaktaysalar da, AİHM'e göre bir kişiyi ilgili uluslararası hukuk kurallarına göre soruşturmanın mümkün olması ile bunun Sözleşmeden kaynaklanan bir ödev olması arasında fark vardır.[65] Bir başka deyişle, 1950 öncesi işlenen uluslararası suçların soruşturulması *per se* Sözleşmeyi ihlal etmez ancak bu durumdan yola çıkarak 1950 öncesinde işlenmiş ağır insan hakları suçlarının soruşturulmasının zorunlu olduğu sonucuna ulaşılamaz.

AİHM'in Sözleşme değerleri testine dayanarak kabul edilebilir bulduğu başvuru yoktur. Bununla birlikte, insanlığa karşı suç ve/veya ağır insan hakları ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda 1950ler dahil olmak üzere, yapılacak başvuruların kabul edilme potansiyeli bulunmaktadır. Türkiye'nin yakın tarihinin bu yönde

64 Janowiec/Rusya, para. 149.

65 Janowiec/Rusya, para. 151.

nitelenebilecek vakalarla dolu olduğu düşünüldüğünde, bu ihtimalin göz önünde bulundurulmasında fayda vardır.

2. Kayıplar İstisnası

Daha önce ifade ettiğimiz gibi kanımızca etkili soruşturmanın ayrı ve bağımsız bir ödev olmasının doğal sonucu bu ödevin yerine getirilmediği her gün ihlal yenilendiği için başvurunun ihlal devam ettiği sürece her an yapılabileceğidir.[66] Ne var ki, AİHM, aksi yönde en az bir kararı mevcut olmasına rağmen[67], faili meçhuller dahil olmak üzere yaşam hakkı ihlallerinde soruşturma ödevinin devam eden bir ödeve vücut vermediği görüşündedir.[68] O zaman kayıplara ilişkin başvurularda da 10 yıl kriteri uygulanacak mıdır?

Kayıp davalarında[69], AİHM belirli bir süre sonra kişinin ölmüş olduğunu varsaydığı için mantıklı çözüm ölümün varsayılmasından itibaren sürenin başlaması olmalıdır. Ne var ki, Mahkeme yine de kayıp davalarının diğer davalardan farklı olması gerektiğini düşünmektedir. AİHM'e göre, bir kayıp davasında ölen kişinin bedeni bulunmuş olsa bile bu kayıp kişinin kaderi ile ilgili sadece bir hususu aydınlatmaktadır. Diğer ölüm vakalarında, ölü bedenin bulunması ile başlayan etkili soruşturma ödevi, kayıp davalarında ceset bulunsa bile aynı hızla gerçekleştirilemeyebilir. Kayıbın bu nedenle bir kez gerçekleşmekle tükenen bir eylem (*instantaneous act*) olduğu söylenemez. Ölünün bedeni bulunsa bile, daha sonra kişinin nerede olduğunun ve hayatının ne şekilde sonlandırıldığının açıklanmaması devam eden bir duruma vücut verir. Bu nedenle de, etkili soruşturma ödevi kişinin akibeti açıklığa kavuşturulmadığı sürece devam eder. Bunun sonucu olarak bu alanda etkili bir soruşturma yürütülmemesi de devam eden ihlal olarak nitelenebilir.

---

66 AİHM, bu iddiayı Varnava ve Diğerleri başvurusunda anmış ama tartışmadan geçmiştir. Varnava ve Diğerleri/Türkiye, para. 159. Bkz. Altıparmak, s. 19 vd.

67 Lyubov Efimenko vakasında başvurucunun oğlu bir barda öldürülmüş, şüpheli olaydan yıllar sonra yakalanmış ve hakkında soruşturma başlatılmıştır. Hükümetin, 6 aylık süre içerisinde başvurmadığı ilk itirazını, AİHM soruşturmanın devam eden bir durum olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Lyubov Efimenko/Ukrayna, no. 75726/01, 25.11. 2010, para. 69-70.

68 Varnava, para. 149.

69 Lyanova ve Aliyeva/Rusya, no. 12713/02 ve 28440/03, 2.10.2008, para. 94-95.

Görüldüğü gibi, AİHM'in devam eden ihlal olarak gördüğü bölüm, esas ödevi değil usul ödeviyle ilgilidir. Böyle olunca, aralarındaki farka rağmen neden yargısız infazları soruşturma ödevindeki kusurun devam eden ihlale vücut vermezken kayıplara ilişkin ödevin ceset bulunsa bile devam eden bir sorumluluk yüklediği çok anlaşılamamaktadır. Oysa uluslararası insan hakları hukukunda zorla kaybettirme sadece usul değil esas bakımından da devam eden bir ihlale vücut verir. Herkesin Zorla Kaybettirmeye Karşı Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin kaybettirme suçunun devam eden niteliğinden bahsetmektedir.[70] Zorla Kaybettirilen Kişiler Hakkında Amerikalılararası Sözleşme de mağdurun akıbeti belirlenmediği sürece bu suçun devam eden nitelikte kabul edileceğini belirtmektedir.[71] Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi de bir kayıp vakasını incelemeye yetkisi olup olmadığını değerlendirirken, kayıp vakasının kritik günden önce sonuçlanıp sonuçlanmadığına bakmaktadır. Bu nedenle, 1970de kaybedilen bir kişiye ilişkin olarak, taraf Devlet AmeİHM'nin yetkisini 20 yıl sonra, 1990da tanımasına rağmen, kaybedilen kişinin akıbeti 2000 yılında anlaşıldığı için kayıp vakasını incelemeye yetkisinin olduğuna karar vermiştir.[72]

AİHM içtihadı kayıp vakalarının esasa ilişkin bölümünün devam eden bir suç olduğuna dair uluslararası hukuk yaklaşımı ile uyumsuz olmakla birlikte, AİHMin bu alandaki içtihatından bir istisna türediği görülebilir. Nitekim, Varnava/Türkiye davasında başvurucular yakınlarının 1974te kaybedilmesi ile ilgili olarak 1990da başvuru yapmışlar, AİHM de 2009da konuya ilişkin ihlal kararı vermiştir. Varnava'da AİHM, çatışmanın uluslararası niteliğini ve BM Kayıplar Komisyonu'nun çalışmalarını dikkate alarak başvurucuların 1990 yılına kadar beklemelerini kabul edilebilir bulmuştur. Bununla birlikte, AİHM'e göre bu tarihte artık başvurucular için bağlayıcı karar alamayan, gizli yürütülen ve sorumluların ortaya çıkarılması için umut vermediği anlaşılan bu yolun daha fazla beklenmesinin de bir anlamı yoktur.

---

70 Madde 8 (1) (b).

71 Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, md. 3.

72 Heliodoro Portugal/Panama, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 186, 12.8.2008, para. 34-35. Mahkemenin kayıpların devam eden doğasına ilişkin daha geniş saptaması için bkz. Goiburú et al./Paraguay, 22.9.2006, Inter-Am. Ct. H.R. No. 153, para. 80-85.

Bununla birlikte, Varnava'da ilke olarak ifade edilen[73], kayıp davalarında başvurucunun özen ödevi daha sonraki davalarda açık bir şekilde tekrarlanmıştır. Kıbrıs başvurularında, AİHM'in etkili bir soruşturmanın olmadığının kesinleştiğini tespit ettiği 1990'dan 10-15 yıl sonra yapılan başvurular bu özenin gösterilmediği tespit edilerek zaman bakımından kabul edilemez bulunmuştur.[74] Açış/Türkiye başvurusunda, başvurucular asker olan yakınlarının PKK tarafından kaçırılmasından 12 yıl 6 ay sonra Strazburg'a başvurmuştur. AİHM, başvurucularının yakının kaçırılmasından 11 yıl sonra gaiplik yönündeki talebin reddiyle artık etkili bir soruşturma olmadığının anlaşıldığını, başvuruculara AİHM'e on yıldan fazla bir zaman sonra başvurmalarını haklı çıkaracak şekilde soruşturmada somut bir ilerleme kaydedildiğini ortaya koyamadıklarını gözlemlemiştir.[75]

Bu durumda kayıplara ilişkin devam eden ihlal saptamasının başvuruculara sınırsız bir başvuru imkanı vermediğini, sadece başvuruculara diğer ölüm vakalarından farklı olarak olayın aydınlatılması için girişimlerinin süre bakımından daha esnek bir değerlendirme hakkı verdiğini söylemek mümkündür. Bu nedenle Strazburg içtihadının bir kez daha çelişkiye düştüğü açıktır. Kayıplar konusunda başvuruculara süre bakımından hoşgörü gösterilmesinin nedeni bunun devam eden bir ihlal olması değil, karışık bir kayıp davasında kayıp yakınının bir süre beklemesinin meşru görülmesidir. Buna göre, kesintili ve sorunlarla örülü bile olsa bir soruşturma varsa kayıbın yakınları soruşturmaya ilişkin bir gelişme olacağına dair bir umut besleyebilirler. Bununla birlikte, eğer 10 yıldan fazla bir süre geçmişse başvurucular neden Strazburg'a geç geldiklerini kanıtlamak için somut devam eden bir gelişme olduğunu göstermek zorundadır.[76] Olayın salt kayıptan kaynaklanmış olması tek başına yeterli değildir.

---

73 Varnava/Türkiye, para. 161 ve 164-165.

74 Costas ve Thomas Orphanau/Türkiye, no. 43422/04, 1.12.2009; Karefyllides ve Diğerleri/Türkiye, no. 45503/99, 1.12. 2009; Charalambous ve Diğerleri/Türkiye, no. 46744/07 et al., 1.6. 2010; Papayianni ve Diğerleri/Türkiye, no. 479/07, 6 .7. 2010; Ioannou Iacovou ve Diğerleri/Türkiye, no. 24506/08, 5.10.2010.

75 Açış/Türkiye, no. 7050/05, 1.2.2011, para. 40-41.

76 Varnava/Türkiye, para. 166.

B. Soruşturmanın Etkililiği 6 Ayda Başvurma Yükümlülüğü İlişkisi

Uzun süre sonuçlandırılmayan soruşturmaların yarattığı bir başka süre sorunu daha vardır. Bilindiği gibi AİHM'e bireysel başvuru, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrası uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren 6 ay içinde yapılmalıdır. On yıllarca süren soruşturmalarda bu süre ne zaman başlayacaktır? Biz bu sürenin, etkili soruşturma yapılmadığı sürece devam ettiğini ileri sürmüştük.[77] AİHM ise etkili hukuk yolu olmaması halinde 6 aylık süreyi etkili olmamanın ne zaman tespit edildiğine göre başlatmaktadır. Eğer başvuru yolu bulunmuyorsa ya da mevcut olan başvuru yolları etkin değilse Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen altı aylık süre kural olarak olay tarihinde başlamaktadır.[78] Bununla birlikte, eğer başvurucu görünüşe göre var olan bir iç hukuk yolunu kullanmış veya kullanmayı istemiş ancak daha sonra bu yolların etkinliğini ortadan kaldıran şartların olduğunu fark etmişse bu kurala istisna getirilecektir. Böyle bir durumda altı aylık sürenin başlangıç tarihi olarak başvurucunun iç hukuk yolunun etkisizliğini ilk defa öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği tarih olarak almak gerekmektedir.[79]

AİHM, başvurucuların ağır bir insan hakları ihlali dahi söz konusu olsa haklarının peşinde koşma konusunda asgari bir çaba harcamasını beklemektedir. Bu özeni göstermeyen başvurucunun yıllar sonra AİHM önüne gelmesi halinde 6 ay kuralını uygulamaktadır.[80]

Bu yaklaşım; kanımızca Sözleşme'nin ruhuna aykırı bir yorumdur. Evet AİHS ve genel olarak insan hakları hukuku insanlara tanıdığı haklar itibariyle diğer uluslararası hukuk metinlerinden farklılaşmaktadır. Ne var ki, bu durum Sözleşme'nin asıl muhatabının Taraf Devletler olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. AİHM'in bu yaklaşımı nedeniyle, etkili soruşturma yürütme yönünde kısmen çaba gösteren bir devlet, bu çabasıyla etkili

77 Altıparmak, tüm eser.

78 Hazar ve Diğerleri/Türkiye (kab. ed. kar.), No. 62566/00, 10.1.2002.

79 Paul ve Audrey Edwards/Birleşik Krallık, (kab. ed. kar.), No. 46477/99, 7.6. 2001; Kıniş/Türkiye (kab. ed. kar.), No. 13635/04, 28.6. 2005; Öztürk ve Diğerleri/Türkiye (kab. ed. kar.), No. 13745/02, 29.4.2008.

80 Frandes/Romanya, no. 35802/05, 17.5.2011, para. 18; Tekçi ve Diğerleri/ Türkiye, no. 13660/05, 10.12.2013, para. 68-74.

başvuru yolunun olmadığı izlenimi yaratmadığı için AİHM önünde mahkum olabilirken, en ağır ihlali gerçekleştiren Devlet bunu gidermek için hiçbir şey yapmadığında başvurucu süresinde başvurmadığı için uluslararası sorumluluktan kurtulabilecektir. İşin daha vahim yanı bazen bizzat Devlet kişinin başvuru yapmasını açıktan veya gizliden engelliyor olabilir. Açıktan engelleme halini bile kanıtlamak çok güçtür ama asıl sorun ağır insan hakları ihlali olan mağdurların devlete olan güvensizliği ve Strazburg'a başvurmaları halinde karşılaşmaktan endişe ettikleri ağır baskıdır. Göz yummadan insanları infaz edenlerin, kaybedenlerin, evleri yakanların; sorumluları ortaya çıkarmak için işin peşinden koşan aileleri rahat bırakacağını düşünmek gerçekten sorunun kökenini gözden kaçırmak anlamına gelmektedir.[81]

Yetişen/Türkiye davasında, başvurucular yakınlarının kaybı için yıllarca aralıksız başvurularda bulunmuştur. Bu başvurular sonucunda, soruşturmada hiçbir ciddi mesafe alınamamış, yeni deliller toplanmamış, tanıklar dinlenmemiştir. Başvurucunun olayı takip ettiği, yetkililerin ise bu çabaya sessiz kaldığı açıktır. Başvuruyu, kabul edilemez bulan AİHM, başvurucunun bu çabasını değil Devletin hareketsizliğini esas almıştır. Başvuruculara on yıldan sonra AİHM'e başvurmalarını ispatlayacak soruşturmada somut ilerlemenin tamamlandığını göstermedikleri ölçüde, yakınlarının kaybolmasından on iki yıl sonra başvurdukları gerekçesiyle altı aylık süreye uymadıkları için mevcut başvuru reddedilmiştir.[82]

Hatırlanacağı gibi Janowiec kararında AİHM, sadece kritik gün sonrasındaki eylemlerin değil ihmallerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmişti. Buna göre, sorumluların tespitine ve daha sonra yargılanıp cezalandırılmasına olanak sağlayacak güvenilir ve makul bir delil veya bilginin ortaya çıkması ve fakat dikkate alınmaması halinde ihmal vardır ve soruşturma ödevinin olduğu ileri sürülebilir.[83] Bunun yanında, yine AİHM, Akkum/Türkiye

81 Nitekim başvuruculara baskı ve tehdit yoluyla korkutmaya yönelik çok sayıda örnek AİHM önüne de gelmiştir. Örn. Akdıvar ve Diğerleri/Türkiye, no. 21893/93, 16.9.1996, para. 105; Tanrıkulu/Türkiye, no. 23763/94, 8.7.1999, para. 131; Kurt/Türkiye, no. 24267/94, 25.5.1998, para. 159-165; Fedotova/Rusya, no. 73225/01, 13.4.2006, para. 49-51.

82 Yetişen/Türkiye, no. 21099/06 , 10.7.2012, para. 72-80.

83 Janowiec/Rusya, para. 144.

davasında sağlık durumları Devletin sorumluluğu altında olan tutukluların durumu ve yalnızca Devlet yetkililerinin kontrolü altındaki bir bölgede yaralı veya ölmüş halde bulunan kişilerin durumu arasında bir paralellik kurmanın meşru olduğunu belirtmiştir. Bir köye yönelik yapılan operasyonda gerçekleşen ölüm ve kayıplar, özellikle çatışma söz konusu değilse tıpkı gözaltında bir kişinin kötü muamele görmesinde olduğu gibi aksi ispat edilmediği sürece devletin sorumluluğunu gerektirir. Esasen bu iki durumda, söz konusu olayların tamamı ya da büyük bir kısmı yalnızca yetkililerin bilgisi dâhilindedir.[84] Bunun anlamı şudur; eğer bir yerde kolluk güçleri operasyon yapmışsa ve bir çatışma olduğuna dair veri de yoksa, orada ne olduğunu kanıtlama yükümlülüğü tüm delilleri elinde tutan Devlete düşer. O halde başvuruculların bu bilgileri elde etmek için yaptıkları başvuruların tıpkı yeni bir delil çıktığında yapılan başvuru gibi soruşturma ödevini canlandırması[85] gerekir. Tüm delil ve bilgilerin hükümetin elindeyken bunu elde etme girişiminde bulunan kişinin geç kaldığı ileri sürülmemelidir.

Nitekim, Gasyak/Türkiye davasında Yargıç Sajo, Tsotsoria ve Karakaş farklı gerekçeli karşıoylarında, olağanüstü hal döneminde birçok davada başvuruculların Devlet'in yoğun baskısı nedeniyle iç hukuk yollarının tüketmesine gerek olmadığına karar verildiği[86] gibi 6 ay kuralının da bu baskı nedeniyle ilgili giderim yollarına başvuramayan kişiler açısından uygulanamayacağını belirtmişlerdir.[87] O halde, başvurucunun kanıtlaması gereken çaba harcayıp harcamadığı değil, böyle bir çabayı harcamasının beklenebileceği ortamın devlet tarafından sağlanıp sağlanmadığıdır. İç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin değerlendirmesinde AİHM, sadece iç hukukta yasal giderim yollarının bulunmasına değil bunların işlediği genel bağlama ve başvurucunun kişisel durumuna da bakmak gerektiğini belirtmektedir.[88] Yıllarca korku, baskı altında kalan bir kişiye neden ulusal veya uluslararası yolları

84 Akkum ve Diğerleri/Türkiye, no. 21894/93, para. 211. Aynı yönde Cülaz ve Diğerleri/Türkiye, no. 7524/06, 15.4.2014, para. 173.

85 Bkz. aşağıda Soruşturma Ödevinin Yeniden Canlanması başlığı.

86 Akdıvar ve Diğerleri/Türkiye, no. 21893/93, 16.9.1996, para. 70.

87 Gasyak ve Diğerleri/Türkiye, no. 27872/03, 13.10.2009; Yargıç Sajo, Tsotsoria ve Karakaş'ın farklı gerekçeli oyları.

88 Baysayeva/Rusya, no. 74237/01, 05.04.2007, para. 105.

tüketmedin demek mantıksızdır. Aslında bu mantıksızlık usul ve esas sorunlarının bir bütün halinde oluşturduğu cezasızlık yapısının da kaynağıdır. Korku ve baskı nedeniyle devlet ajanlarının işlediği suçlar ulusal makamların önüne götürülememekte, bu nedenle suçlar zamanaşımına uğramaktadır. Hukuki ve fiili engeller kalkıp başvuru yapıldığında da usul açısından süresinde gelmedin, esas açısından ise suç zamanaşımına uğradı denmekte ve yapısal olarak cezasızlık olgusu meşrulaştırılmaktadır.

AİHM'in yaklaşımının bir ciddi adaletsizliğe daha vücut verdiği açıktır. Margus/Hırvatistan başvurusunda[89] AİHM, aftan yararlanan başvurucunun aynı eylemleri daha sonra sivillere yönelik işlenmiş savaş suçları olarak nitelenmiş ve başvurucu suçlu bulunarak 15 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvurucu, bu kararın AİHS'e Ek 7. Protokol'ün 4. maddesinde düzenlenen aynı suçtan iki kez yargılanma yasağına aykırı olduğunu ileri sürmüştür. AİHM Sözleşme'yi sistematik yorum yöntemiyle bir bütün halinde yorumlamış, birbiriyle çelişebilecek hükümlerin uyum içinde olması gerekliliğini hatırlatarak[90] ilgili şikayeti Devletlerin 2. ve 3. maddeden kaynaklanan usul ödevleri ışığında değerlendirmiştir. 2 ve 3. maddeler devletlere bu maddelerin ihlalini etkili bir şekilde soruşturma ve bu soruşturma sonucunda sorumlular tespit edilebilirse cezalandırma sorumluluğu yüklediğine göre Af Kanununu kaldırarak bu ödevi yerine getiren bir Taraf Devlet de kınanamaz. O halde, bir devlet, Margus davasında olduğu gibi yıllar sonra bir kişiyi cezalandırmak istediğinde bu cezalandırma işlemi, ihlal ağır insan hakları ihlali olduğu için meşru kabul edilmektedir. Ancak bir Taraf Devlet bu düzenlemeyi yapmadığında, savaş suçunun mağduru olan başvurucu, bunu AİHM'e başvurmak suretiyle adalet yoluyla yaptırmak istediğinde başvurusu süresinde yapılmadığı için reddedilecektir. Hatta bu durum aynı Taraf Devlete ilişkin olarak bile gerçekleşebilir. Bunun doğal sonucu, aynı hukuk sisteminde aynı davranışı gerçekleştiren iki kişiden birinin cezalandırılmasının meşru olması, diğerinin ise soruşturulmasına bile başlanamamasıdır.

---

89 Margus/Hırvatistan, no. 4455/10, 27.5.2014.

90 Sözleşmeyi bir bütün olarak okuma zorunluluğu hakkında bkz. Stec ve Diğerleri/Birleşik Krallık (kab. ed. kar) [BD], ECHR 2005-X, no. 65731/01, para. 48; Austin ve Diğerleri/Birleşik Krallık [GC], no. 39692/09, para. 54.

Bu yöntemin bir başka adaletsiz sonucu da AİHM'in keyfi değerlendirmeleridir. Kimi başvurularda başvurucunun kısa sürelerde soruşturmanın etkisizliğini anlaması gerektiğini saptayan AİHM, başka kimi başvurularda bu konuya hiç değinmeyebilmektedir. Pastor ve Piclete/Romanya başvurusunda başvurucular, 1989 yılında gerçekleşen olaylarla ilgili olarak AİHM'e 2006 yılında başvurmuştur. AİHM başvuruculaın 17 yıl süreyle, soruşturmanın etkili olup olmadığını tespit edip etmedikleri tartışmasına hiç girmemiş ve 6 ay kuralını uygulamamıştır.[91]

Nispeten başvurucu üzerindeki baskının daha az etkili olacağı bir kararda[92] başlayan bu içtihat sonrasında en vahim ihlallerde de devam etmiştir. Narin başvurusunda, başvurucular yakınlarının Narin otelinde yakılarak öldürüldüğünü, otelin de içeri koyulan el bombalarının patlaması sonrasında yakıldığını ileri sürmüşlerdir. Türkiye'de gayet iyi bilinen ve güçlü dayanakları olan ürkütücü olayların gerçekleştiği iddia edilen bu başvuruda da başvuruculaın uzunca bir süre AİHM'e başvuramamasın makul sebeplerinin olup olmadığı hiç tartışılmamış ve başvurunun yaşam hakkına ilişkin bölümü 6 aylık sürede yapılmadığı gerekçesi ile kabul edilemez bulunmuştur.[93] 16 kişinin öldüğü, 424 dükkan ve 640 evin zarar gördüğü Lice olaylarında da mülk sahiplerinin başvurusunda benzer bir sonuca ulaşılmıştır.[94]

2000li yıllarda, AİHM'in kategorik olarak uzunca bir süre hareketsiz olan soruşturmaları önüne getirmekte geç kalan başvuruları 6 ay kuralına uymadığı için reddettiği görülmektedir. Öte yandan, son dönemde, olumlu bir yönde dönüşün işaretlerini Mocanu ve Diğerleri/Romanya kararı sonrasında görmek mümkündür.[95] Şakır Kaçmaz/Türkiye başvurusu, bu olumlu dönüş için iyi bir örnektir. Bu davada savcılık soruşturma konusunda 5,5 yıl hiçbir bilgi vermemiştir. Ama bu süreç içerisinde başvurucu soruşturma hakkında bilgi temini için üç kez başvuruda bulunmuş, üç kez sağlık kontrolünden geçirilmiştir. AİHM, sonuçta hiçbir sonuca

91 Pastor ve Ţiclete/Romanya, no. 30911/06, 19.4. 2011, para. 76-81. Aynı şekilde bkz. Lăpuşan ve Diğerleri/ Romanya, no. 29007/06, 8.3. 2011.

92 Bayram ve Yıldırım/Türkiye, no. 38587/97, 29.3.2002.

93 Narin/Türkiye, no. 18907/02, 15.12.2009.

94 Hazar ve Diğerleri/Türkiye, no. 62566/00, 10.01.2002.

95 Bkz. aşağıda not 102 ve ilgili metin.

ulaştırmayan bu gelişmeleri başvurucunun somut gelişmeler olduğuna dair ümit beslemesi için yeterli görmüştür.[96]

Bununla birlikte, sorun bu tekil örneklerle aşılamayacak yapısal bir sorundur. İşte bu nedenle, AİHM kendi içtihadı ile açtığı bu "mantık gediği"ni bu kez istisnanın istisnaları yaratarak aşmaya çalışmıştır. Soruşturmanın etkili olmadığının öğrenilmesinden itibaren hukuk yolunun tüketilmesini beklemeksizin 6 ay içinde başvurma 6 ay kuralının bir istisnasıdır. Bu istisnanın çok katı uygulanması ise açıklanması çok zor adaletsizliklere yol açmaktadır. O halde bu istisnaya da kimi istisnalar getirmek gerekmektedir.

1. 6 Ay Kuralının İstisnaları

a) Kayıplar

Kritik gün için istisna olan zorla kaybedilen kişilerin soruşturulması konusu, 6 ay kuralının uygulanması açısından da bir istisna alanı yaratmaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi kayıplar sorunu AİHM tarafından devam eden bir ihlal olarak tanımlandığı için 6 ay kuralına takılmaması beklenebilir. Gerçekten de eğer ihlal devam ediyorsa, ihlal devam ettiği her aşamada şikayetin Strazburg'a sunulabilmesi gerekir.[97] Ancak AİHM'e göre her devam eden ihlal aynı nitelikte değildir. Devam eden ihlal niteliğinde bulunması kayıp davalarında, başvuruculaların AİHM'e başvurmadan önce sınırsız bir şekilde bekleyecekleri şeklinde anlaşılamaz. Bununla birlikte, diğer yaşam hakkı ihlallerinde, kişinin ölümü sonrasında yapılacaklar belirliyken, kayıplara ilişkin soruşturmalarda bazen yetkililerin kasıtlı davranışlarından kaynaklanan ama her zaman söz konusu olan belirsizlik durumu kayıpları yargısız infazlardan ve diğer yaşam hakkı ihlallerinden ayırmaktadır. Yasadışı öldürme vakalarında maktulün bedeni, olay yeri, tanıklar, silah, mermi vs. gibi deliller hemen soruşturmanın başında mevcuttur. Tüm bunların varlığına rağmen savcılık gerekli adımları atmıyorsa, soruşturmanın etkili olmayacağı kolayca saptanabilir. Kayıp davalarında ise genellikle hiçbir delil yoktur.[98] Bu koşullar altında, aileler ile kamu otoriteleri arasında şikâyetler ya da bilgi talepleri ile ilgili bir iletişim varsa veya soruşturmanın ilerlediğine dair bir

96 Şakir Kaçmaz/Türkiye, no. 8077/08, 10.11.2015, para. 67-75.

97 Cone/Romanya, no. 35935/02, 24.6.2008, para. 22.

98 Er ve Diğerleri/Türkiye, no. 23016/04, 31.7.2012, para. 54-56.

ipucu ya da gerçekçi bir ipucu imkânı varsa, olası bir süre aşımı genellikle sorun olmamaktadır. Buna karşılık, aradan önemli bir süre geçtikten sonra, araştırma faaliyetleri önemli derecede ağır işlerse ve kesintiye uğrarsa, kayıp kişinin yakınlarının etkin bir soruşturma yürütülmediği ve yürütülemeyeceğinin farkına varmalarının zamanı gelmiş demektir.[99] Kayıp yakınları, genelde yoksul, çaresiz, bazı durumlarda ise hukuki destekten yoksundur. Bu ölçütün, yıllarca süren kayıp arayışları için çok muğlak olduğu açıktır. AİHM'in kararlarında başvurucuların özgün durumunun hiç dikkate alınmadığı görülmektedir.

Er ve Diğerleri/Türkiye başvurusunda, bu unsurlar, çok kesintili yürüyen ve uzunca süreler hiç işlem yapılmayan kayıp davasının olaydan 9 yıl sonra AİHM'e getirilmesinde başvurunun kabul edilebilir bulunması sonucunu doğurmuştur. AİHM, başvurucunun daha önceki bir dönemde soruşturmanın etkisiz olduğunu tespit edip 6 ay içinde başvurması gerektiğine ilişkin hükümet iddiasını kabul etmemiştir. Bununla birlikte, bu sürenin çok uzadığı davalarda başvuru 6 aylık sürede sonlandırılmadığı için zaman bakımından kabul edilemez bulunmuştur. Yukarıda bahsettiğimiz Kıbrıs müdahalesinden kaynaklanan kayıp davaları[100] yanında, Franco döneminde gerçekleşen kayıp vakasında da başvurunun İspanya'nın Sözleşmeye taraf olduğu 1981 yılından itibaren 6 ay içinde yapılmamış olmasını kabul edilemezlik kararı için yeterli görmüştür.[101]

10 yılı geçen sürelerde ise başvurucuların olaylar üzerinden nispeten uzun bir süre geçmesini haklı gösterecek nitelikte özel koşullar ve olaylar olduğunu göstermesi gerekir.[102] Bu ifadeden tam olarak ne anlaşılmasını gerektiğini kestirmek zordur. Cülaz ve Diğerleri başvurusunda, başvuruculaların yakınları 14 Haziran 1993 tarihinde kaybolmuş, başvuru ise 28 Ocak 2006da yapılmıştır. Olaya ilişkin ceza soruşturmasında 1995 yılı sonundan sonra ciddi bir gelişme olmamış, davaya ilişkin yeni girişimler ilki 15 Ağustos

99 Yetişen/Türkiye (kabul edilebilirlik), no. 21099/06, 10.7.2012, para. 70.

100 Bkz. yukarıda 61 nolu dipnot.

101 Gutiérrez Dorado and Dorado Ortiz/İspanya, no. 30141/09, 27.3.2012, para. 39-41.

102 Er ve Diğerleri/Türkiye, para. 59-60.

2002 tarihinde olmak üzere 2000li yıllarda gerçekleşmiştir.[103] Mahkeme bir yandan bunun kayıp davaları açısından yeterli hareketlilik olarak görmüş, bir yandan da aşağıda açıklandığı üzere[104] bunun soruşturma ödevini canlandıran delil niteliğinde olduğunu saptamıştır. Başvuruculardan biri ise 2000li yıllardaki süreçlere de hiç katılmamış ve olaydan 16 yıl 5 ay sonrasına kadar hiçbir girişimde bulunmamıştır. AİHM bu kişi açısından 6 ay kuralını uygulayarak başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.[105]

Başvuruculaın 7 yıl boyunca hiçbir girişimde bulunmadığı ve 10 yılı aşan bir kayıp vakasında AİHM'in kendi içtihadı ile tutarlı olmadığı düşünülebilir. Kanımızca, bu tür davalarda Devletin açık vurdumduymazlığı karşısında AİHM, ilkesel olarak kendi önünü tıkayan soruşturma ödevinin devam eden niteliği olmadığı içtihadından hukuki olmaktan çok vicdani nedenlerle sapmak zorunda kalmaktadır. Kimi başvurularda ise benzer koşullarda başvuruları reddetmektedir. Örneğin Çiçek ve Diğerleri başvurusunda, soruşturmaya ilişkin 8 yıl civarında hiçbir şey yapılmadığı gerekçesiyle başvurular kabul edilemez bulunmuştur.[106] Cülaz'da sorun olmayan 7 yılın, 8 yıla çıkınca Çiçek ve Diğerleri'nde neden sorun olduğu açık değildir. Her ne kadar ikinci davada, AİHM başvurulara ilişkin 2000li yıllarda yapılan çalışmaların ağırlıklı olarak usuli olduğunu ifade etmişse[107] de bu çalışmaların bir kısmının Cülaz'dan çok da farkı yoktur. Kaldı ki, Cülaz'da olduğu gibi Çiçek'te de başvurucular girişimde bulunmuş ama Savcılık bu başvuruları daha ciddiyetsiz bir şekilde incelemiştir.[108] Başvuruculaın girişimi arasında fark yokken, ulusal makamlarca daha az ilgi gören başvurunun reddedilmesini açıklamak güçtür. Bununla birlikte, süre bakımından kayıp davalarının genel olarak daha esnek yorumlanması gerektiği açıktır.

---

103 Cülaz ve Diğerleri/Türkiye, no. 7524/06, 15.4.2014, para. 147-150.

104 Bkz. Aşağıda Soruşturma Ödevinin Canlanması başlığı.

105 Cülaz ve Diğerleri/Türkiye, para. 157-160.

106 Çiçek ve Diğerleri/Türkiye, no. 28883/05, 26.3.2013, para. 57.

107 Çiçek ve Diğerleri/Türkiye, para. 60.

108 Cülaz'dan farklı olarak Çiçek'te yeni tanıklar dinlenmemiş, delil toplanmamıştır. Ancak bunun bir istisnası aynı dosyada görülen 32069/09 sayılı Rukiye Aksoy ve Ayşe Cingöz başvurusudur. Bu başvuruda JİTEM mensubu Abdülkadir Aygan'ın ifadelerinden yola çıkarak bulunan iki cesedin DNA testi yapılmış ancak ölen kişilerin başvuruculaın yakınları olmadığı ortaya çıkmıştır. AİHM bu gelişmeleri yeni delil olarak kabul etmemiştir. Çiçek ve Diğerleri/Türkiye, para. 25-35.

b) Fiili ve Hukuki Engeller İstisnası

Yukarıda belirttiğimiz gibi ağır insan hakları ihlallerinin işlendiği durumlarda hem fiili (*de facto*) hem de hukuki (*de jure*) nedenlerle kişiler suçluları ihbar edemeyebilir, şikayetlerini ulusal ve uluslararası makamlara iletemeyebilir. Fiili engeller; tehdit, korkutma, ceza davası gibi dış engeller olabileceği gibi kişinin sağlık ruhsal ve fiziksel durumundan kaynaklanan içsel nedenler de olabilir. Hukuki engeller ise sorumluların yargılanmasını engelleyecek hukuki düzenlemeler veya bu engeller olmasa bile yargı ve idarenin tutumu olabilir.

Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Komite, işkence suçlarında giderim ödevinin zamanaşımına uğramaması gerekliliğini açıklarken, işkencenin etkilerine devam eden niteliğine dikkat çekmiştir. Komite, işkencenin etkilerinin zaman içinde yok olması bir yana post travmatik stres bozukluğu gibi uzun süreli etkilerinin giderimden yararlanamayan kişilerde etkisini artırarak sürdüğünü belirtmiştir. Bu nedenle, İKKye göre önceki rejim döneminde gerçekleşen işkence ve kötü muameleden kaynaklansa bile, işkencede giderim ödevi zamanaşımına tabi olmaksızın devam eder.[109]

Benzer bir yaklaşımın BM İnsan Hakları Komitesi (İHK) tarafından da kabul edildiği görülmektedir.[110] Yaşam hakkı davalarında, İHK, ölüm olayı kritik gün öncesinde gerçekleşmişse bunu inceleme konusunda yetkisi olmadığını ancak soruşturma eksikliğine ilişkin incelemenin ölenin yakınlarının haklarına ilişkin olduğunu ve şikayetin bu yönünün incelenebileceğine karar vermiştir.[111]

---

109 The United Nations Committee against Torture issued General Comment No. 3 (2012) on the Implementation by States parties of Article 14 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, para. 37-40. Ayrıca bkz. CAT, Conclusions and recommendations, Turkey, CAT/C/CR/30/5, 27 May 2003, paragraph 7 (c); Slovenia, CAT/C/CR/30/4, 27 May 2003, paragraphs 5 b and 6 b; Chile, CAT/C/CR/32/5, 14 May 2004, paragraph 7 (f); Denmark, CAT/C/DNK/CO/5, 16 July 2007, paragraph 11; Japan, CAT/C/JPN/CO/1, Section C; Jordan, CAT/C/JOR/CO/2, 25 May 2010, paragraph 9; Bulgaria, CAT/C/BGR/CO/4-5, 14 December 2011, paragraph 8; Armenia, CAT/C/ARM/CO/3, 6 July 2012, paragraph 10; and General Comment No. 3, 2012, CAT/C/GC/3, paragraph 40.

110 UNHRC, Concluding observations: Ecuador, A/53/40, 15 September 1998, paragraph 280 ("torture, enforced disappearances and extrajudicial executions"); Argentina, CCPR/CO/70/ARG, 15 November 2000, paragraph 9 ("Gross violations of civil and political rights during military rule").

111 Mariam Sankara et al/ Burkina Faso, No. 1159/2003, 28 March 2006), para. 6.3.

AİHM kural olarak, başvurucunun iki özen ödevi olduğunu düşünmektedir. Birincisi, yerel makamlarla hızla iletişime geçip soruşturmanın gelişimi konusunda bilgi almak, ikincisi ise soruşturmanın etkili olmadığını öğrendikleri veya öğrenmelerinin beklenebileceği andan itibaren Strazburg organlarına başvurmaktır.[112] Bir başvurucu zamanında ulusal makamlara başvurmadığı için de, başvurunun anlamı kalmadığında AİHM'e başvurmadığında da gerekli özeni göstermediği için başvurusu kabul edilemez bulunabilir.

İlk başvuru tipine ilişkin olarak, başvurucunun bazı durumlarda uzun süreler ulusal mercilere başvurmaması kendi özensizliğinden değil imkansızlıktan kaynaklanabilir. Bu durumda, başvurucunun bu nedenle cezalandırılması kabul edilemez. El-Masri/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti vakasında[113], başvurucu Almanya'dan davalı devlete 31 Aralık 2003 tarihinde gitmiş, burada bir ay kadar gözaltında tutulduktan sonra Afganistan'a gönderilmek üzere CIA ekiplerine teslim edilmiştir. 28 Mayıs 2004e kadar Afganistan'da kalan başvurucu, 29 Mayıs'ta Almanya'ya dönmüş, suç duyurusunu ancak 6 Ekim 2008 yılında yapmıştır. Konseyi üyesi devletler uzunca bir süre, CIA'in insan kaçırma, kimseyle görüştürmeden gözaltında tutma (*incommunicado detention*) ve kötü muamele faaliyetlerine katıldıklarını reddetmişlerdir. Ancak özellikle 2006 ve 2007 yıllarında yayımlanan iki Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi raporu sonrasında Üye Devletlerin bu faaliyetlere dahli açıklığa kavuşmuştur. [114] AİHM, ihlalin karmaşık yapısını dikkate

112 Nasirkhayeva/Rusya (kab. kar.), no. 1721/07, 31.5.2011; Akhvlediani ve Diğerleri/Gürcistan (kab. kar.), no. 22026/10, para. 23-29, 9.4.2013 ve Gusar/Moldova (kab. kar.), no. 37204/02, para. 14-17, 30.4. 2013.

113 El Masri/Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti, no. 39630/09, 13.12.2012.

114 CIA'in bu operasyonlarına *extraordinary rendition* denmektedir. Avrupa Konseyi ülkelerinin Sözleşmenin değerlerine aykırı bu faaliyetin bir parçası olması Konsey açısından büyük bir siyasi krize yol açmıştır. Konuyla ilgili hem Parlamenter Meclis hem de Genel Sekreter ayrı ayrı incelemeler yürütmüştür. Alleged secret detentions and unlawful inter-State transfers of detainees involving Council of Europe member States, Doc. 10957, 12 June 2006 ("the 2006 Marty Report"); Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member States: second report, Doc. 11302 rev., 11 June 2007 ("the 2007 Marty Report"); Council of Europe, Report by the Secretary General under Article 52 of the Convention on the question of secret detention and transport of detainees suspected of terrorist acts, notably by or at the instigation of foreign agencies (SG/Inf (2006) 5, 28 February 2006).

alarak başvurucunun iddiasını doğrulayacak olgusal ve hukuksal gelişmeleri beklemiş olmasının anlaşılabilir olduğuna karar vermiştir.[115]

O halde, bir kişi neden zamanında ulusal makamlarını başvurmadığını veya yaptığı başvuruyu takip edemediğini hukuki veya olgusal nedenlerle açıklayabiliyorsa, soruşturmanın etkili olmadığını öğrendiği andan itibaren 6 ay içinde başvurma kuralı bu kişiye uygulanamayacaktır.

Mocanu ve Diğerleri/Romanya davası, fiili ve hukuki engeller istisnasının çok eski olaylar açısından söz konusu olabileceğini göstermesi ve 12 Eylül soruşturmaları ile benzerliği açısından dikkat çekicidir. Bu davada başvuruculardan biri, çok sayıda başka kişiyle birlikte 13-14 Haziran 1990 tarihlerinde hükümet karşıtı gösteriler sırasında polis ve güvenlik güçleri var olduğu halde bilincini kaybedecek şekilde dövülmüştür. Olayın hemen sonrasında soruşturma açılmış ama başvurucu 18 Haziran 2001 tarihine kadar savcılığa bir başvuruda bulunmamıştır. AİHM, başvurucunun bu olay sonrasındaki hassas durumu ve çaresizliğinin sadece onun değil ve fakat çok sayıda başka kişinin de savcılığa başvuru yapmasını engellediğini düşünmektedir. Bu koşullar altında, başvurucunun 11 yıl süren hareketsizliği makul ve açıklanabilir niteliktedir.[116] Başka gerekçelerle de bu bulguyu desteklemekle birlikte, AİHM'in temelde iki hususu dikkate aldığı görülmektedir. İşkence/kötü muamele mağdurunun çaresizliği ve çok sayıda kişinin benzer bir durumda olmasının anlaşılabilirliği. Bir başka Romanya davasında, yine soruşturmaya ilişkin çok az gelişme olmasına rağmen soruşturmanın karmaşıklığı ve sanıkların çokluğu AİHM'in gecikmiş başvuruyu kabul etmesinde önemli bir rol oynamıştır.[117]

Benzer/Türkiye kararı, fiili engel durumunun sadece işkence ve kötü muamele vakalarında söz konusu olmayacağını göstermektedir.[118] 26 Mart 1994 tarihinde, çoğu çocuk ve yaşlı olmak üzere 38 kişi Şırnak'a bağlı Kuşkonar ve Koçağılı köylerine

115 El Masri/Makedonya, para. 140-143.

116 Monacu ve Diğerleri/Romanya, (BD) no. 10865/09, 17.9.2014, para. 274-275.

117 Melnichuk ve Diğerleri/Romanya, no. 35279/10, 05.05.2015, para. 85-89.

118 Benzer ve Diğerleri/Türkiye, no. 23502/06, 12.11.2013.

yönelik hava saldırısında can vermiştir. Olayın gerçekleşmesinden sonra başlatılan soruşturmada Kasım 1997-Haziran 2004 tarihleri arasında hiçbir gelişme olmamıştır. Başvurucular, bu tarihten sonra ilk başvurularını yeni avukatları aracılığıyla Ekim 2004 tarihinde yapmıştır. Hükümet, AİHM'den 6 ay kuralını uygulayarak başvuruyu kabul edilemez bulmasını istemiştir. Bununla birlikte, AİHM bu davadaki başvurucuların daha önceki uzayan soruşturmalardan farklı olduğunu not etmiştir. Mahkemeye göre bu davanın daha önce geç başvuru yapıldığı için reddedilen başvurulardan asıl farkı, bu davada başvurucuların daha önceki tarihlerde başvuru yapmalarının mümkün olmadığını ileri sürmeleridir.[119] AİHM, başvurucuların iddialarını kabul ederken, olayın geçtiği bölgeye ilişkin kendi kararlarının da desteklediği gibi ciddi insan hakları ihlallerine ilişkin iddiaların soruşturulmadığı bir atmosferde köylülerin köylerinin bombalandığına dair resmi makamlara şikayet başvurusu yapamamalarını makul görmüştür. AİHM, Akdıvar ve Diğerleri kararındaki bulgusuna gönderme yaparak, başvurucuların benzer şikayetler yapıldığında misillemeyle karşılaştığına dair anlaşılabilir bir kaygılarının olabileceğini not etmiştir.[120] AİHM, olağanüstü hal rejiminin bitmesinden sonra durumun düzeldiğini ve başvurucuların gerekli özeni göstererek davayı takip ettiği ve sonrasında da soruşturmanın etkisiz olduğunu tespit edince AİHM'e başvurduğunu tespit etmiştir.[121]

Meryem Çelik ve Diğerleri vakası, AİHM'in 6 ay kuralına ilişkin katı tutumunda esnemenin zorunlu olduğunu gösteren bir diğer vakadır.[122] Başvurucular, 24 Temmuz 1994 tarihinde güvenlik güçlerinin köylerine düzenlediği operasyonda gerçekleşen olaylara ilişkin şikayetlerini AİHM'e yapmıştır. Olayda başvuruculların yakınları kaybedilmiş, 2 kişi olay yerinde öldürülmüş ayrıca başvurucular kötü muameleye maruz kalmıştır. Köyün yakılması sonrasında ülkeyi terk eden başvurucular 3 yıl boyunca Irak'ta Atruş Mülteci kampında yaşamıştır. AİHM, başvuruculların yetkili makamlara başvuruda geç kalmasında 3 yıl ülke dışında kalmalarını, Türkçe konuşamamalarını ve TBMM İnsan Hakları Komisyonu'nun 1998-1999 yılları arasında yürüttüğü soruşturmayı dikkate

119 Benzer ve Diğerleri/Türkiye, para. 123.

120 Benzer ve Diğerleri/Türkiye, para. 131.

121 Benzer ve Diğerleri/Türkiye, para. 134.

122 Meryem Çelik ve Diğerleri/Türkiye, no. 3598/03, 16.4.2013.

almıştır.[123] Görüldüğü gibi başvuruculların hem ülke dışında olması hem de dil bilmemeleri başvurunun daha önce yapılmasına fiili bir engel teşkil etmektedir.

Fiili ve hukuki engel istisnası, 6 ay kuralının yarattığı vahim sonuçları gideren yeni bir istisna tipidir. Ancak bu istisnanın ağır insan hakları ihlallerine ilişkin olarak aksi kanıtlanması gereken bir kurala dönüşmesi gerekir. Bu ihlallerin yarattığı travma ve korku cezasızlık kültürünün temellerinden biridir ve aşılması ancak Devletin bu durumlarda pozitif bir yükümlülüğünün var olduğunun kabulüyle mümkündür. Ağır insan hakları ihlalini gerçekleştiren devlet mağdurlara her türlü adalete ulaşma imkanını sunduğunu kanıtlamak zorunda olmalıdır. Oysa hali hazırda en ağır ihlallerin mağdurlarının insan hakları makamlarının önündeki başarı şansı avukatlarının hukuki yeteneklerine mahkum edilmiştir.

c) Soruşturma Ödevinin Canlanması

Bilindiği etkili soruşturma ödevi bir sonuç değil davranış ödevidir.[124] Bu nedenle, çok doğru yürütülmüş bir 2. ve 3. madde soruşturması dahi sorumluların çıkarılması için yeterli olmayabilir. Bu halde, devletin sorumluluğunun sonsuza kadar sönümlendiği söylenebilir mi? Brecknell/Birleşik Krallık davasında, başvurucunun eşi 1975 yılında öldürülmüş ve soruşturma 1981 yılında sonuç alınamadan sonlandırılmıştır. Başvurucu AİHM'e 2004 yılında başvurmuştur. AİHM, yıllar önce gerçekleşen bir öldürme eylemine yönelik olarak sonradan çıkan delile dayanarak yapılacak soruşturmanın sınırlılıklarını kabul etmekle birlikte; failin tespitini ve sonrasında soruşturulup cezalandırılmasını sağlayacak makul veya güvenilir yeni bir iddia, delil veya bilginin ortaya çıkması halinde yetkililerin soruşturmayı ilerletecek önlemler almak zorunda olduğu sonucuna ulaşmıştır.[125] Yıllar sonra gerçekleştirilecek bu soruşturmada etkili soruşturma ödevi, her yönüyle suçun yeni gerçekleştiği dönemdeki ilkelere uygun olmayabilir. Örneğin, kamu ajanlarının dahil olduğunun iddia edildiği öldürmelerde bağımsız soruşturma ilkesine aynı şekilde riayet edilmesi gerekir ama delillerin yok olması konusunda daha az risk bulunduğu için çabukluk (*promptness*) ilkesinin aynı katılıkta uygulanmaması anlaşılabilir.

123 Meryem Çelik ve Diğerleri/Türkiye, para. 36-43.

124 Avşar/Türkiye, no. 25657/94, ECHR 2001-VII, para. 394.

125 Brecknell/Birleşik Krallık, no. 32457/04, 27.11.2007, para. 71.

Brecknell davasında, 1993te şartlı olarak tahliye edilen sadakatçi (*loyalist*) paramiliter Weir, 1970li yıllarda sadakatçilerle kolluk güçlerinin işbirliğiyle işledikleri cinayetler hakkında ayrıntılı bilgi vermiştir. Başvurucunun eşi de bu saldırılar sırasında öldüren Katoliklerden biridir. Weir'in verdiği bilgiler arasında başvurucunun eşinin ölümüne ilişkin ayrıntılar da vardır. AİHM, bu bilginin soruşturmayı yeniden canlandırmak için yeterli bir bilgi sağladığı sonucuna ulaşmış ve bağımsız olmayan soruşturmanın ilk bölümü yüzünden 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[126]

Gasyak/Türkiye başvurusunda, Brecknell testi bir kez daha uygulanmıştır. İlgili başvuruda, 1994te gerçekleştiği iddia edilen bir yargısız infaz vakasında 2002 yılına kadar hiçbir adım atılmamıştır. 8 yıl sonra, başvuruculaların avukatı Diyarbakır savcısına ölümün iki itirafçı ile birlikte kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirildiğine dair bir dilekçe yazmış ve bunun sonucu olarak iki itirafçı hakkında sonrasında bir dava açılmıştır. AİHM, bu yeni bilginin soruşturma ödevini canlandıran nitelikte olduğunu kabul ederek, 6 ay kuralı nedeniyle başvuruyu reddetmemiştir.[127] Başından beri mevcut olan bu iddia 2002de de dikkate alınmasa muhtemelen kabul edilemezlik kararı verileceği düşünüldüğünde, AİHM'in zaman konusundaki tutarsız yaklaşımının burada başvurucu lehine çalıştığı söylenebilir.

Kadri Budak/Türkiye kararı, soruşturma ödevinin canlanmasının önemli örneklerinden biridir. Başvurucunun oğlu ve babası 30 Mayıs 1994 tarihinde kaybolmuştur. Bu tarihten bir yıl sonra, 28 Mayıs 1995 tarihinde, Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ilgili yerde hiçbir operasyon yapılmadığına dair cevap vermiştir. Başvurucu 20 Temmuz 2001 tarihinde gelişmeleri sormuş, 28 Mayıs 2003 tarihinde de talebinin İçişleri Bakanlığı'na bildirildiği kendisine iletilmiştir.[128] Olaydan 11 yıl sonra, 8 Mayıs 2005te, başvurucunun avukatı olay yerine gitmiş, kumaş parçaları ve kemikler bulmuş Cumhuriyet Savcılığından da kemiklerin incelenmesi için Adli Tıp Kurumu'na yollanmasını talep etmiştir.[129] Yapılan incelemede kemiklerin başvurucunun yakınlarına ait olduğu, ayrıca bu

126 Brecknell/Birleşik Krallık, para. 73-82.

127 Gasyak ve Diğerleri/Türkiye, no. 27872/03, 13.10.2009, para. 61-65.

128 Kadri Budak/Türkiye, no. 44814/07, 9.12.2014, para. 7-13.

129 Kadri Budak/Türkiye, para. 14 vd.

kişilerin MKE'ye ait uzun namlulu silahlardan çıkan kurşunlarla vurulduğu tespit edilmiştir. AİHM, başvurucunun 8 Mayıs 2005 öncesindeki savcılık işlemlerinin etkili bir soruşturma olmadığını göstermeye yeter düzeyde olduğunu, başvurucunun bu döneme ilişkin yaptığı girişimlerin geç ve yetersiz olduğunu saptamıştır. Bununla birlikte, kemiklerin bulunmasından sonra Taraf Devletin soruşturma ödevi yeniden canlanmıştır. Bu nedenle, AİHM 6 ay kuralı nedeniyle zamanında başvuru yapılmadığı için 8 Mayıs 2005 öncesindeki gelişmeleri inceleme yetkisinin bulunmadığını ancak ödevin yeniden canlandığı 8 Mayıs 2005 tarihinden sonra 6 aylık sürede yapılan başvuru nedeniyle bu döneme ilişkin şikayetleri inceleyebileceğine karar vermiştir.[130]

Amuyeva davasında, başvurucular gözlerinin önünde öldürülen eşlerinin faillerinin yargılanması için Ekim 2001 ile Kasım 2005 arasında hiçbir girişimde bulunmamıştır. Bu tarihte, durdurulmuş olan soruşturmanın yeniden başlatılması için yaptıkları başvuru sonucu 20 farklı kişi dinlenmiş ama soruşturmada ciddi bir ilerleme sağlanamamıştır. Nedeni çok net anlaşılmamakla birlikte, AİHM bu gelişmeyi Brecknell testini uygulamak için yeterli görmüştür.[131]

Gürtekin ve Diğerleri/Kıbrıs vakası, soruşturma ödevinin canlanması açısından en eski vakadır. Başvuruculaların yakınları 1963-1964 yıllarında Kıbrıs'taki çatışmalarda kaybolmuştur. Kayıp kişilerin bedenleri, Birleşmiş Milletler Kayıp Kişiler Komitesi'nin çalışmaları sırasında bulunmuştur. AİHM, bunun soruşturma ödevini canlandırdığını kabul etmiş ama sonrasındaki soruşturma ödevinin 50 yıl sonra gerçekleşen bir soruşturma için yeterli olduğunu saptayarak başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.[132] Bununla birlikte, bu vaka gerekli delil varsa soruşturma ödevinin 50 yıl sonra bile canlanabileceğini göstermesi açısından önemlidir.

Stanimirovic/Sırbistan vakasında, başvurucu 2001'de işkence gördüğünü ileri sürmüş, ancak savcılık soruşturmayı başvurucuyu ve diğer tanıkları dinlemeden kapatmıştır. Başvurucuya bu konu, kendisi hakkında yürütülen ceza usulü kapsamında ilk kez Mayıs 2004te sorulmuş, o da faillerin isimlerini ilk kez bu soruşturmada vermiştir. AİHM'e göre bu durum orijinal soruşturmanın etkisizliğini

130 Kadri Budak/Türkiye, para. 56-63.

131 Amuyeva ve Diğerleri/Rusya, no. 17321/06, 25.11.2010, para. 66-70.

132 Gürtekin ve Diğerleri/Kıbrıs, no. 60441/13, 11.3.2014, para. 23-32.

gösteren ve soruşturma yükümlülüğünün yeniden canlanmasına sebebiyet verecek bir gelişmedir.[133] Bu bilginin alınmasından itibaren etkili soruşturma yürütülmemesi, başvurucunun başvurusunun kabul edilebilir bulunması için yeterlidir.[134]

Bazı vakalarda ise AİHM yeniden canlanma testini açıkça uyguladığını söylememekte ama davanın akışından bu yaklaşımın benimsendiği sonucu çıkmaktadır. Tekçi ve Diğerleri/Türkiye davasında, başvurucuların yakını Nisan 1995 yılında kaybolmuş, 5 Kasım 1997 tarihinde Van Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcılığı, suçu işlediği iddia edilen kişilerin rütbesini dikkate alarak, görevsizlik kararı vermiştir. Bu tarihten 10 Ağustos 2004 tarihine kadar dosyayla ilgili hiçbir gelişme görülmemektedir. Bu tarihten sonra dosyayla ilgili ilk anlamlı işlem 15 Aralık 2008 tarihinde Yüksekova Savcılığı tarafından yapılmış ve ardından olaya tanık olan kişiler dinlenmiş, 4 Mayıs 2011 tarihinde de iki subay hakkında ceza davası açılmıştır.[135] Başvuruculaların AİHM'e 25 Şubat 2005 tarihinde başvurdukları düşünüldüğünde kolaylıkla soruşturmanın etkisiz olduğunu öğrendikten sonra 6 ay içinde başvurmadıkları ileri sürülebilecektir. Ancak AİHM bunu yapmak yerine, başvuru sonrasındaki gelişmeleri dikkate alarak başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.[136] Bu gelişmelerin, soruşturma ödevini canlandırdığını kabul edebiliriz. Benzer nitelik taşıyan Cülaz ve Diğerleri davasında, Brecknell testine açıkça atıf yapıldığı[137] dikkate alındığında kayıp davalarında yeni delil sorunuyla devam eden ödev yükümlülüğünün iç içe geçtiği söylenebilir. Çünkü bu davalarda, mağdur yakınları çeşitli aralıklarla resmi merciilere başvurmakta, bazen sadece bir dilekçeden ibaret olan bu girişimler bazen çok ciddi yeni delillerin ortaya çıkmasına ve tartışılmasına yol açmaktadır.

Janowiec kararında AİHM, sonradan çıkan delille soruşturma ödevinin canlanması ihtimalini ikiye ayırmıştır. Buna göre, eğer yeni deliller kritik günden sonra ortaya çıkmışsa Devletin soruşturma

133 Stanimirović/Sırbistan, no. 26088/06, para. 29, 18.10.2011.

134 Stanimirović/Sırbistan, para. 29 ve 33. Başvurucu canlanan ödevden yaklaşık iki yıl sonra AİHM'e başvurmuştur. AİHM arada geçen bu 2 senelik süreyi makul bulmuştur.

135 Tekçi ve Diğerleri/Türkiye, no. 13660/05, 10.12.2013, para. 40-50.

136 Tekçi ve Diğerleri/Türkiye, para. 75-77.

137 Cülaz ve Diğerleri/Türkiye, para. 149.

ödevi mutlaka canlanacaktır. Ancak yeni delillerin ortaya çıkması da kritik günden önceyse, AİHM'in geliştirdiği "gerçek ilişki" veya "Sözleşme değerleri" testlerine başvurulacaktır.[138] Özellikle savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar bağlamında, yasadışı öldürmelerin gerçekleşmesinden yıllar sonra soruşturmanın yürütülmesi ve faillerin cezalandırılması konusunda aşırı betimleyici bir tavırdan kaçınmak gerekir, çünkü kamunun bu suçların soruşturulmasındaki faydası kesin bir şekilde tanınmıştır.[139] Bir devlet, açık delillere rağmen insanlığa karşı suçları, savaş suçlarını, ağır insan hakları ihlallerini etkili bir şekilde soruşturmuyorsa hem kritik gün hem de 6 ay kuralı açısından çok daha esnek davranmak gerekecektir.

138 Bkz. yukarıda II.A.1.a) ve II.A.1.b) nolu başlıklar.

139 Brecknell/Birleşik Krallık, no. 32457/04, 27.11.2007, para. 69.

3. Değerlendirme

Görüldüğü gibi AİHM'in soruşturma ödevini devam eden bir ödev olarak görmemesi, içtihadının çelişkili bir çizgi izlemesine yol açmıştır. AİHM, zaman bakımından yetki tartışmalarını gereksiz bir şekilde Taraf Devletin yükümlülüğü sorunundan başvurucunun özeni sorununa taşımıştır. Avrupa'nın bir çok yerinde ağır insan hakları mağdurları toplumun en yoksul, en dışlanan kesimlerinden gelmektedir. Ağır insan hakları ihlallerinin gerçekleştiği dönemler, bu baskının sistematikleştiği dönemlerdir. AYM ölçüsünde olması bile AİHM'in bu perspektifi sistemli ve tutarlı bir şekilde hayata geçirdiğini söylemek güçtür.

Bununla birlikte, AİHM içtihadından temel iki ilkenin türetilmesi mümkündür: a. Ağır insan hakları ihlali mağdurları, fiili veya hukuki nedenlerle adalet mekanizmalarına ulaşamıyorlarsa, bundan dolayı sorumlu tutulamazlar. Bu yollara başvurabildikleri zaman yaptıkları başvurular, zamanında başvurmadıkları gerekçesi ile reddedilemez. b. Devlet, ister geçmiş bir rejimden isterse devam eden bir rejimden kaynaklanıyor olsun, ağır bir insan hakları ihlalinin soruşturulmasına engel olup, ardından zaman geçtiği için konunun soruşturulamayacağını ileri süremez.

AYM'nin yaklaşımı ise eleştiriye açık AİHM içtihadından da çok geridedir. AYM'nin ağır insan haklarında zamana ilişkin temel sorunu, vizyon yanlışlığıdır. AYM iyi işleyen bir demokrasinin nitelikli haklara ilişkin karar veren mahkemesi gibi davranmaktadır. Oysa Türkiye resmi[140] veya gayri resmi olarak uzun süreler olağanüstü rejimlerle yönetilmiş, silahlı çatışmalar ve sistemli ağır insan hakları ihlallerine tanıklık etmiş bir ülkedir.

AYM'nin tüm bu faktörleri gözardı ederek ve geçiş dönemi adaletinden habersiz olduğu izlenimi doğuran yaklaşımı, onu cezasızlık kültürünün resmi onaylama mekanizmasına çevirmiştir.

---

140 Sadece 1970-1987 arasında 15 kez Avrupa Konseyi'ne bildirimde bulunulmuş bu dönemin %77si olağanüstü yönetim rejimleri ile geçirilmiştir. Fionnuala Ni Aolain (2011), "Transitional Emergency Jurisprudence: Derogation and Transition", A. Buyse ve M. Hamilton (ed.), Transitional Jurisprudence and the ECHR: Justice, Politics and Rights (Cambridge:CUP), 24, 38.

Evet, Türkiye'de dar anlamıyla bir geçiş dönemi adaleti süreci yaşanmamış, ülke geçmişle yüzleşmemiştir. Ne var ki, artık bu dar geçiş dönemi adaleti kavramının yerini daha geniş bir kavrama bıraktığı unutulmamalıdır. Geçiş dönemi adaleti kavramı artık sadece totaliter rejimlerden demokrasilere geçişte değil, demokratik rejimin iç savaş gibi kendi içinde yaşadığı kesintiler için de kullanılmaktadır.[141]

Türkiye'de 1980ler ve 1990larda işlenen ağır insan hakları suçları da bu perspektiften incelenmelidir. Devlet, bütün bu dönem ve sonrasında bu ihlallerin soruşturulmasını, sorumluların bulunmasını sistemli bir şekilde engellemiş ve bu durum yüzlerce kez AİHM önünde mahkum edilmiştir. Şüphesiz bu mahkumiyetler buz dağının sadece görünen yüzüdür. Bu sistemli baskıyı ve bunun bireysel başvuru hakkı üzerindeki etkilerini değerlendirmeyen bir yaklaşımın adil olma iddiası da olamaz. AYMnin Türkiye'nin Anayasa Mahkemesi olduğunu unutmadan bir "sürekli geçiş dönemi" perspektifi geliştirmesi zorunludur.

141 Ni Aolain, 27.

2. BÖLÜM

1. Geçmişte İşlenen Suçların Maddi Hukuku

Zaman bakımından kabul edilebilirlik sorunu çözüldüğünde, en az kabul edilebilirlik kararı kadar çetrefilli esasa ilişkin sorunları çözmek gerekecektir. İşledikleri suçlardan yıllar sonra yargılanan tüm insanlığa karşı suç, ağır insan hakları ihlali faillerinin ortak bir savunma stratejisi vardır. Eylemin işlendiği tarihte, eylem ulusal yasalarda suç olarak tanımlanmamaktadır ve hatta fail hukuki emri yerine getirmektedir.[142] Suç olduğu durumlarda ise suç ya affa uğramıştır ya da suç üzerinde çok uzun süreler geçtiği için zamanaşımına uğramıştır artık soruşturulması ve yargılanması doğru olmayacaktır.

Aslında burada hukukçuyu hukuk felsefesinin en temel tartışma noktalarından biri beklemektedir. Hukukun kaynağı nedir? Ahlaka, doğal hukuk ilkelerine aykırı olan pozitif hukuk kuralları uygulanabilir mi? Görüldüğü gibi burada iki temel hukuk ilkesi çatışmaktadır. Suç ve cezaların geri yürümezliğini düzenleyen hukuki güvenlik ilkesi, insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesinin en somut yansımasıdır. AİHM de, AİHS'nin 7. maddesinde yer alan geri yürüme yasağının hukukun üstünlüğünün temel bir unsuru olduğunu kabul etmektedir.[143] Öte yandan, insan hakları hukuku ağır insan hakları ihlallerinin hiçbir gerekçeyle üstünün örtülmemesini, etkili bir şekilde soruşturulmasını gerektirmektedir. Zamanaşımı ve af gerekçesiyle, soruşturmanın kapatılmasının insan hakları hukukunu ihlal ettiği ve kabul edilemez olduğu açıktır.[144]

Bu nedenle geçmişte işlenmiş ağır insan hakları ihlaline ilişkin bir bireysel başvuru kabul edilebilir bulunduğunda hukuki güvenirlik

142 Aşağıda incelenecek tüm davalarda, bu konu bir şekilde gündeme gelmiştir. Eski Yugoslavya için kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ilk saptaması gereken hususlardan biri de bu olmuştur. Tadic (IT-94-1), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2.10.1995, özellikle para. 65 vd.

143 S.W. /Birleşik Krallık, 22.11.1995, para. 34.

144 Abdülsamet Yaman/Türkiye, No: 32446/96, 2.11.2004, para. 55. Conclusions and Recommendations of the United Nations Committee against Torture: Turkey, 27 May 2003, CAT/C/CR/30/5.

ilkesiyle, ağır insan hakları ihlallerini soruşturma ödevi arasındaki gerilimi çözmek gerekir. Bu gerilimi çözmek için insan hakları karar merciileri önünde iki sorunun sorulduğu görülmektedir.[145] Bu soruların birincisi şudur: Geçmişte gerçekleşen ancak yasakoyucu tarafından suç sayılmayan veya af ve zamanaşımı gibi nedenlerle soruşturulmayan ağır insan hakları suçlarının rejim değişikliği sonrasında veya fiili engellerin kalkması sonrasında soruşturulup, yargılanabilir mi? Yoksa böyle bir hukuksal işlem Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal eder mi?

Birinci sorunun cevabı hayırsa, yani Devletler eski suçları soruşturduklarında 7. maddeyi ihlal etmiyorlarsa, buradan otomatik olarak bunu mutlaka soruşturmaları gerektiği sonucu çıkmaz. İkinci soru bu nedenle Devletin takdir marjının olup olmadığına ilişkin bir sorudur. Birinci soruya verilecek cevap böyle bir soruşturmanın 7. maddeyi ihlal etmeyeceği yönündeyse, 2. soru sorulabilir. Devlet geçmişi suç olarak düzenleyip düzenlememekte takdir yetkisine sahip midir, yoksa geçmişe yönelik olarak ceza yaptırım öngörme zorunluluğu var mıdır?

İlk soruya ilişkin cevap, geçmişte işlediği suçlar nedeniyle yargılanıp cezalandırılan kişilerin AİHM'e yaptıkları başvurularda verilen kararlarda bulunabilir. İkinci başvuruya cevap ise geçmişteki ağır hak ihlali mağdurlarının bu ihlallerin soruşturulmaması nedeniyle uğradıkları zararlara dayanarak yaptıkları başvurularda tartışılmıştır. Françoise Tulkens'in saptadığı gibi[146] AİHS'in ceza hukuku burada ikili bir şekilde rol oynamaktadır. İnsan hakları hukuku bir yandan bazı suçlara ilişkin olarak devletlere soruşturma ödevi yüklemekte, diğer yandan ise suç işlediği iddia edilen kişilere çeşitli güvenceler getirmektedir. Ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda, ibrenin artarak birinci ödev yönüne döndüğünü söylemek mümkündür. Sırasıyla her iki soruyu cevaplamaya çalışacağız.

145 Benzer bir sınıflandırma için bkz. Sebastian Raduletu (2015), "National Prosecutions as the Main Remedy in Cases of Massive Human Rights Violations: An Assessment of the Approach of the European Court of Human Rights", 9 International Journal of Transitional Justice 449, 453-454.

146 Françoise Tulkens (2011), The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights, 9 J Int Criminal Justice 577.

A. Geçmiş Suçlar Soruşturulabilir mi?

1. Suç ve Cezaların Kanuniliği Sorunu

Geçmişte yaşanmış yaşam hakkı ve işkence yasağı ihlallerine ilişkin ceza yargılamasının uzun süre sonra başladığı vakalarda başvuruculaların ilk itirazlarından biri davranışlarının işlendiği tarihte eylemlerinin suç sayılmadığıdır. Konuyu Sözleşmenin 7. maddesi düzenlemektedir. Anılan maddeye göre:

"1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir."

Görüldüğü gibi uluslararası hukuktan kaynaklı ceza hukuku 2 fıkrada ayrı ayrı düzenlenmiştir. AİHM'in 7. maddeye ilişkin genel içtihadına göre, ceza kanunları sanığın aleyhine olacak şekilde uygulanamaz.[147] *Nullum crimen, nulla poena sine lege* ilkesi ayrıca ceza hukukunun kıyas yolu gibi yöntemlerle sanığın aleyhine olacak şekilde geniş yorumlanmasını da yasaklar.[148] Bunun anlamı, kişinin gerekirse mahkemelerin yorumlarından da faydalanarak hangi eylem ve ihmallerinin cezai sorumluluğuna yol açacağını bilmesidir.[149] Bu açıdan 7. maddedeki hukuk (*law*) kavramı, Sözleşmenin diğer maddelerindeki anlamıyla aynıdır. Hukukun suç işlediği iddia edilen kişi bakımından öngörülebilir ve ulaşılabilir olması gerekir.[150] Bu durum, 7. maddenin suçun özüyle uyumlu olmak koşuluyla ve makul bir şekilde öngörülebilir olması halinde

147 Welch/Birleşik Krallık, 9.2.1995, Series A no. 307-A, para. 36; Jamil/Fransa, 8.6. 1995, Series A no. 317-B, para. 35; Ecer ve Zeyrek/Türkiye, no. 29295/95 ve 29363/95, ECHR 2001-II, para.36.

148 Coeme ve Diğerleri/Belçika, no. 32492/96, 22.6.2000, para. 145.

149 Del Rio Prada/İspanya, [BD], no. 42750/09, ECHR 2013, para. 79.

150 S.W./Birleşik Krallık, 22.11. 1995, Series A no. 335-B, para. 34-35; C.R./Birleşik Krallık, 22.11.1995, Series A no. 335-C, para. 32-33; Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya [BD], no. 34044/96, 35532/97, ECHR 2001-II, para.; Jorgic/Almanya, No. 74613/01, 12.7. 2007, para. 100.

yargısal yorumla kapsamının genişletilmesi ihtimalini dışlamaz.[151] Ne kadar somut düzenlenmiş olursa olsun ceza hukuku dahil tüm hukuk disiplinleri kaçınılmaz olarak yorum yapmayı gerektirir. Her zaman, şüpheli durumların giderilmesi veya kuralın değişen koşullara uydurulması ihtiyacı olacaktır.[152] Bununla birlikte, maddenin anlamını yitirmemesi için yorumun kimsenin keyfi olarak soruşturulup, yargılanıp, cezalandırılması sonucunu doğurmaması gerekir.

Bu nedenle, 7. maddenin 1. fıkrası suç açısından esasen iki test içerir. Birinci test, suçun işlendiği tarihte ulusal ve/veya uluslararası hukukta sanığın cezalandırılmasına dayanak olacak açık hukuki bir dayanak olup olmadığına bakmayı gerektirir. İkinci test ise sanığın suçun işlendiği tarihte bu kuralı öngörüp, ulaşmasının mümkün olup olmadığını, hangi davranışların suç olduğunu kestirip kestiremeyeceğine bakmayı gerektirir.[153]

Maddenin 2. fıkrasının, 1. fıkradaki kurala istisna olarak düzenlediğine dair görüşler ileri sürülmüş[154] ve bunu doğrulayacak bazı kararlar[155] da mevcut olsa bile AİHM son dönem kararlarında her iki fıkranın bir bütün olarak yorumlanması gerektiğini ve yasallık ilkesinin bir istisnası olmadığını vurgulamaktadır.[156] Buna göre, AİHMe göre Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarının gösterdiği gibi 2. fıkrada düzenlenen "işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem"in ayrıca tanımlanmasının amacı II. Dünya Savaşı'nın özgül koşulları nedeniyle bu dönemde işlenen suçlara ilişkin olarak sonradan çıkarılan ceza kurallarına dayanan yargılamaların 7. maddeden

151 Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya [BD], para. 50; K.-H.W. /Almanya [BD], no. 37201/97, para. 85,; Jorgic/Almanya, para. 101-109; Korbely/Macaristan [BD], no. 9174/02, 19.9.2008, para. 69-71.

152 Del Rio Prada/İspanya, para. 92.

153 Kononov/Letonya, no. 36376/04, 17.5.2010 [BD], para. 186.

154 Francesco de Sanctis (2014), "Reconciling Justice and Legality", 12 JICJ 847, 862.

155 Naletilić/Hırvatistan (kab. ed. kar.), no 51891/99, 4. 5.2004. Ayrıca Penart/Estonya ve Kolk ve Kislyiy/Estonya kararları.

156 Bu tezi doktrinde ilk ileri süren Cassesedir. A. Cassese (2006), 'Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law: the Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR', 4 JICJ 415.

etkilenmemesidir.[157] Bu nedenle, 2. fıkrada düzenlenen istisna genel bir ilke olarak 7. maddenin 1. fıkrasına istisna getiren değil ama onu tamamlayan bir kural olarak düşünülmelidir.[158]

2. Türkiye Açısından *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege* İlkesinin Yarattığı Sorunlar

Türkiye'nin yakın geçmişinde işlenmiş suçlar açısından iki temel sorun olduğu görülebilir. Birincisi, Ulusal Ceza Kanununda düzenlenmiş olan suçların zamanaşımına uğramış olmasıdır. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde en uzun suç zamanaşımı bile 20 yıl olduğu için 1996 yılı öncesinde işlenmiş tüm suçların zamanaşımına uğradığı ve artık soruşturulmasının mümkün olmadığı ileri sürülebilecektir. İkinci sorun ise zamanaşımı uygulanmayan suç tiplerindeki bu kuralın geçmişe işleyip işlemeyeceği sorunudur. 2005 yılında yürürlüğe gire 2537 sayılı TCK'de soykırım ve insanlığa karşı suçların zamanaşımına tabii olmayacağı ifade edilmektedir (TCK 76 ve 77). İşkence suçu ise 2013 Nisan ayında 6459 sayılı Yasa ile bu niteliğe kavuşmuştur. Bu suçlar bu tarihten önce işlenmişse, bu kuralların uygulama alanı bulup bulmayacağına ilişkin bir düzenleme yasada bulunmamaktadır.

Burada iki ihtimal söz konusu olabilir. Suç 2005den önce zamanaşımına uğramış olabilir. Alternatif olarak 2005te henüz zamanaşımına uğramamıştır ama 2005teki yeni düzenleme geri yürümeyeceği için 2005ten sonra zamanaşımına uğrayacaktır. 2005te yapılan düzenleme ile getirilen insanlığa karşı suç tamamen yeni bir suç niteliğini taşıyorsa, bu durumda eski zamanaşımı süresi etkilenmeyecektir. Lakin yeni düzenleme suçun yeniden nitelemesi (*reclassification*) anlamını taşıyorsa, bunun anlamı yeniden suç yaratılması değil ve fakat zamanaşımı süresinin uzatılmasıdır. Bu ikinci ihtimalde, ilk işlenen suçun unsurları aynen yeni suça da uygulanmakta ama suçun sistematik veya yaygın olarak işlenen bir suç bütünün parçası olması onun yeniden nitelenmesine sebep olmaktadır. Bu nedenle, kişi aynı cezayla cezalandırılacak ancak eskiden tarif edilen suçun zamanaşımı uzayacak daha doğrusu zamanaşımı ortadan kalkacaktır. Zamanaşımın uzatılması AİHS 7. maddeyi ihlal etmediği için böyle hukuksal sonuç önemlidir.

---

157 Kononov/Letonya, para. 186.

158 Maktouf ve Damjanović/Hırvatistan, para. 189; Vasiliauskas/Litvanya, para. 189.

Örneğin bir grubun sistematik bir şekilde öldürülmesi söz konusuysa daha önce öldürme suçunun zamanaşımına tabii olan bir eylemin artık insanlığa karşı suçun zamanaşımına tabii olması gibi bir ihtimal tartışma konusu olabilir. 1994te gerçekleşen ve sistematik bir şekilde çok sayıda kişinin ölümüyle sonuçlanan bir olaya eğer 765 S. Yasanın zamanaşımı kuralı uygulanacak olursa suç 2014 yılında zamanaşımına uğrayacak eğer 2537 S. Yasanın 77. maddesi uygulanacak olursa suç hiçbir zaman zamanaşımına uğramayacaktır.

Bu son verdiğimiz örneğin Türkiye'de hiçbir uygulaması olmadığı gibi görülebildiği kadarıyla ulusal makamlar böyle bir uygulamanın hukuken mümkün olmadığını da düşünmektedir. Türkiye Hükümeti, cezasızlık davalarının görüldüğü Batı Grubu'na ilişkin Bakanlar Komitesi'ne[159] sunduğu Eylem Planında[160] zamanaşımına uğramış yaşam hakkı ve işkence yasağı ihlallerinde eğer sorumluları yargılarsa bunun Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal edeceğini ileri sürmüştür. Hükümete göre bu tezin iki dayanağı vardır. İlk olarak, hukukun üstünlüğüne dayalı bir sistemde hukuki belirlilik ilkesi toplumun geçmişte kalmış suçların soruşturulmasından elde edeceği çıkardan daha ağır basmalıdır. İkinci olarak, hükümete göre, AİHM zamanaşımını bir usul kuralı olarak düzenleyen hukuk sistemlerinde bu sürenin uzatılmasının suç ve cezaların yasallığı ilkesini ihlal etmeyeceğini saptamışsa da bitmiş zamanaşımı sürelerine ilişkin bir kararı yoktur. Türkiye'de zamanaşımı usul kanununda değil maddi kanunda (Türk Ceza Kanunu) düzenlendiği

159 Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca AİHM'in verdiği kararları infazını izlemeye yetkili organ Bakanlar Komitesi'dir. BK Kuralları uyarınca AİHM tarafından verilen kararların icrasını Bakanlar Komitesi üç başlık altında incelemektedir:

a. Mahkeme tarafından hükmedilen adil tatmin ve gerekiyorsa faizinin ödenmesi;

b. gerektiğinde ve Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın kararın yerine getirilmesi için zorunlu olan araçları seçme hususunda takdirini dikkate alarak:

   i. İhlalin sona erdirilmesini güvenceye alan ve zarara uğrayan tarafın, mümkün olduğu ölçüde, Sözleşme'nin ihlalinin gerçekleşmesinden önceki aynı duruma koyulmasını sağlayan bireysel önlemlerin alınması;

   ii. Bulunan ihlal veya ihlallere benzer yeni ihlalleri engelleyen veya devam eden ihlallere son veren genel önlemlerin alınması

160 Eylem planı, davalı hükümetin bir AİHM kararını yerine getirmek için almayı öngördüğü önlemleri zaman belirteçlerini de içerecek şekilde sunduğu plandır. CM/Inf/DH(2010)37, Appendix 1, para. 5-7.

için işkence ve öldürme suçlarını işleyen kamu görevlilerinin zamanaşımı dolduktan sonra yargılanması 7. maddeyi ihlal edeceği için yeni insan hakları ihlallerine yol açacaktır.[161] Görüldüğü gibi Türk Hükümeti, bu saptamaları yaparken suçların niteliğine ilişkin bir ayrım yapmadığı gibi faillerin kamu ajanı olup olmamasını da dikkate almış değildir. Bunun sonucu olarak, bir devlet ajanı insanlığa karşı suç işleyerek binlerce kişiye işkence yapmışsa, iktidarda olduğu sürece hukuki ve fiili önlemlerle dokunulmaz kalıp yargılanmaktan kurtulabilirse, suçu zamanaşımı uğrayacak ve bir daha asla soruşturulamayacaktır.

Gerçekten de zamanaşımına ilişkin üç temel yaklaşım vardır. Zamanaşımını bir usul kuralı olarak gören yaklaşım, her ne kadar suçun soruşturulabilirliğini engellese de failin kusurluluğunu ortadan kaldırmadığını ileri sürer. Bu nedenle önemli olan failin suçun işlendiği tarihte eyleminin suç olup olmadığını bilmesidir. Bu suçun ne kadar süre ile soruşturulacağının kusurlulukla ilgisi yoktur. Zamanaşımını maddi bir ceza hukuku kuralı olarak gören görüş ise belirli bir zaman içerisinde artık failin cezalandırılmasında bir fayda kalmadığı için zamanın dolmasıyla kusurluluğun da ortadan kalktığını bu nedenle hukuki belirlilik ilkesinin ağır bastığını ileri sürer. Üçüncü görüş ise zamanaşımının dolduğu durumlarda geriye yönelik olarak kaldırılamayacağını ama henüz dolmamış olan zamanaşımı sürelerinin uzatılabileceğini ileri sürer.[162]

Hükümetin adını vermeden andığı AİHM içtihadı Coeme ve Diğerleri/Belçika kararıdır. Bu davada, Belçika'da suç zamanaşımı süresi henüz ilgili suç zamanaşımına uğramadan yasayla uzatılmıştır. Belçika'da konu usul hukukuna ilişkin kabul edildiği için başvurucular yeni ve uzayan zamanaşımı süresine tabii olmuşlardır. AİHM, suçun işlendiği tarihte suç olarak öngörülebildiği ve başvurucular daha ağır bir cezaya da çarptırılmadığı için zamanaşımının uzamış olmasının 7. maddeyi ihlal etmeye yetmeyeceğine karar vermiştir.[163] Zamanaşımı süresi dolduktan sonra zamanaşımı süresinin uzatılmasıyla yeniden soruşturma açılması sorusunu ise bu kararda cevaplamaya gerek

161 Communication from Turkey concerning the Batı group of cases against Turkey (Application No. 33097/96), DH-DD(2015)1116, 27.10.2015, s. 2-3.

162 Jan Arno Hessbruegge (2012), "Justice Delayed, Not Denied: Statutory Limitations and Human Rights Crimes", 43 Geo. J. Int'l L. 335, 366-367.

163 Coeme ve Diğerleri/Belçika, no. 32492/96, 22.6.2000, para. 146-150.

olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[164] Bu nedenle Coeme'de, AİHM'in zamanaşımına ilişkin olarak yukarıda açıklanan tezlerden 3.süne olur verdiği, 2.si ile ilgili olarak ise kapıyı açık bıraktığını söylemek mümkündür.

Ancak Hükümet bunun dışındaki ilgili içtihadı bilerek veya bilmeyerek görmezden gelmiştir. AİHM, 7. maddenin 1 ve 2. fıkralarının birbiriyle bağlantılı olduğunu ve uyumlu yorumlanmaları gerektiğini düşünmektedir.[165] Birinci fıkra, suçun dayanağının ulusal veya uluslararası hukuk olabileceğini belirtmektedir. Öyle ki, ulusal bir hukuk kuralı çıkarılmasından çok önce uluslararası hukukta suç olarak düzenlenen bir davranışın soruşturulmasına izin verebilir ve bu durum da 7. maddeyi ihlal etmez. Şimdi bu ihtimallere ve Türkiye'ye olası etkilerine bakabiliriz.

B. Uluslararası Suçların Yıllar Sonra İç Hukuka Aktarılması Yoluyla Soruşturulması

1. Suçun İşlendiği Tarihte Yürürlükte olan Uluslararası Hukuk Kuralı Ulusal Hukukta Uygulanabilir mi?

Dar anlamda uluslararası suçların[166]; yani soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının, işlendiği zamanlarda soruşturulması genelde mümkün değildir. Bu suçların faillerinin bir kısmı devlet organizasyonunun kritik pozisyonlarındadır. Bu nedenle, uluslararası hukukta düzenlenmiş suçlar açısından; uluslararası hukuk bu suçların zamanaşımına tabi tutulmaması konusunda devletlere yükümlülük yüklemektedir.[167] Evrensel düzeyde BM Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmaması Sözleşmesi[168] ve İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş

164 Coeme ve Diğerleri/Belçika, para. 149.

165 Tess/Letonya (kab.ed. kar.), no. 34854/02, 12.12. 2002.

166 Dar anlamda uluslararası ceza hukuku, büyük suçların (great crimes) düzenlendiği alanı ifade etmektedir. Bu kategorideki dört temel suç; soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçları ve saldırı suçudur.

167 Jan Arno Hessbruegge (2012), "The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers", 43 Georgetown Journal of International Law 335, 346.

168 The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity (United Nations, Treaty Series, vol. 754)

Suçlarında Zamanaşımının Uygulanmamasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi[169] çok sınırlı sayıda ülke tarafından onaylanmıştır.[170]

BM Sözleşmesi; üye devletlerin yarısından az devlet tarafından, 58 lehte, 7 aleyhte ve 36 çekimser oy ile kabul edilmiş ve az sayıda devlet tarafından onaylanmıştır.[171] Sözleşme'nin az sayıda devlet tarafından onaylanmasının nedenlerinden biri 1. maddesinde savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar için hangi tarihte işlenmiş olurlarsa olsunlar zamanaşımına tabi olmayacakları yönündeki hükümdür. Bazı hükümetler, bu hüküm nedeniyle Sözleşme'ye taraf olunan tarihte zamanaşımına uğramış suçların da soruşturulması gerekeceğini ve bu durumun Anayasalarında düzenlenen ceza hukukunun geri yürümezliği ilkesine aykırı olacağını belirterek "hangi tarihte işlenmiş olursa olsun" ibaresinin silinmesini istemişlerdir.[172] İtirazın kabul edilmemesi, çok sayıda devletin Sözleşme'ye taraf olmasına engel olmuştur. Ancak, tüm bu itirazlar Sözleşme'nin yapıldığı tarihte insanlığa karşı suçlar konusunda zamanaşımının uygulanmamasının gerektiği konusunda bir uzlaşının olmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Tam tersine, itiraz eden devletler de dahil olmak üzere bu suçların ulusal yasalardaki diğer suçlardan farklı değerlendirilmesi gerektiği konusunda bir uzlaşı vardır.[173] Sorun, bu kuralın geçmişe doğru ve sınırsız bir şekilde uygulanmasıdır. Sözleşme'nin hazırlığı öncesinde BM Genel Sekreteri'nin İnsan Hakları Komisyonu'nun isteği üzerine hazırladığı rapor da bu durumu teyit etmektedir.[174] Sözleşme'ye karşı çıkanlar da Sözleşme'nin yapıldığı tarihte insanlığa karşı suçların zamanaşımına tabi olmadığı iddiasını ortaya atmamıştır.

---

169 European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes against Humanity and War Crimes (CETS no. 82)

170 BM Sözleşmesini 55, Avrupa Konseyi Sözleşmesini ise sadece 3 devlet onaylamıştır.

171 Robert H. Miller (1971), "The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity" 65 Am. J. Int'l L. 476, 477.

172 Miller, 488. Benzer bir itiraz 4. maddede belirtilen mevcut zamanaşımı kurallarının kaldırılması ile ilgili olarak da yapılmıştır.

173 Miller, 500; Natan Lerner (1969), "The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes", 4 Isr. L. Rev 512, 519.

174 U.N. Commission on Human Rights (1966) Question of the non-applicability of Statutory Limitation to War Crimes and Crimes against Humanity: Study submitted by the Secretary General UN Doc. E/CN.4/906, at p. 104. Bu gelişmeler hakkında bkz. Lerner, 512-513.

Sözleşme aleyhinde oy kullananlar daha çok Sözleşme'nin geri yürümesini mümkün kılan 4. maddeyi göz önünde tutmuşlardır. Bir başka deyişle, Sözleşme'nin yapıldığı tarihte insanlığa karşı suçların zamanaşımına uğramaması gerektiği konusunda bir oydaşım olduğu söylenebilir. O halde Sözleşme'nin imzaya açıldığı 1968 yılında zamanaşımının bu tür suçlara uygulanamayacağı yönünde bir teamül mevcuttur.

Nitekim AmeİHM, Zamanaşımı Sürelerinin Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Karşı Uygulanmaması Hakkında Sözleşme'nin de daha önceden var olan teamül kurallarını kodifiye ettiğini belirtmiştir.[175] AmeİHM, insanlığa karşı suçlarda zamanaşımının işlememesinin bir teamül kuralı olmasının da ötesinde buyruk kural (*jus cogens*) niteliği kazandığını düşünmektedir.[176] Arjantin Yüksek Mahkemesi de aynı yönde karar vermiştir.[177] Arjantin Yüksek Mahkemesine göre, eğer devlet *jus cogens niteliğinde* bir kurala aykırı bir sözleşmeye taraf olamıyorsa, o devletin bir erki olan yargının bu kuralı işlevsiz kılacak şekilde zamanaşımı kuralını uygulaması da kabul edilemez.[178] Aynı yönde İtalyan ve Fransız yargı kararları da mevcuttur.[179]

Gerçekten de, zaten hukuki ve fiili nedenlerle uzun süre soruşturulamayan bu suçların soruşturulabileceği anda da zamanaşımı engeline takılması insanlık değerlerine yönelik en ağır saldırıların yaptırımsız kalması sonucuna yol açacaktır. İşkenceye ilişkin olarak Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin

175 Bakker, s. 1117.

176 Barrios Altos Case (Chumbipuma Aguirre et al. / Peru), 14.3. 2001, IACtHR (Ser. C) No. 75 (2001), para. 41-42; Almonacid-Arellano/Şili, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, 26.9.2006, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 154, para. 153.

177 Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], 14/6/2005, "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegitima de la libertad," Fallos (2005-328-2056) (Arg.); CSJN, 24/8/2004, "Arancibia Clavel," L.L. (2004-F-292) para. 28-29dan aktaran Hessbruegge, s. 351.

178 Gabriel Chavez Tafur (2008), "Using International Law to By-pass Domestic Legal Hurdles", 6 Journal of International Criminal Justice 1061, 1070.

179 Sergio Marchisio (1998), The Priebke Case Before the Italian Military Tribunals: A Reaffirmation of the Principle on Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity", 1 Yearbook of International Humanitarian Law 344; Barbie, 78 International Law Reports 125, 26 January 1984

ifade ettiği gibi bir yandan buyruk emirden (*jus cogens*) bahsedip bir yandan da zamanaşımı gibi nedenlerle sorumluları yargılamamak absürt bir sonuca yol açacaktır.[180]

Dahası, AİHM'in de belirttiği gibi insan hakları hukukunda bu suçlar açısından bir zaman limiti konulmasına ilişkin bir kural da mevcut değildir.[181] Bir kişi, uluslararası hukuka dayanarak insanlığa karşı suçla itham ediliyorsa bu suç zamanaşımına tabii olmadığı için yıllar sonra yapılan yargılamanın 7. maddeyi ihlal ettiği iddiası karşılıksız kalacaktır. Bu durumda başvurucunun dayanabileceği tek husus, suçun işlendiği tarihte eyleminin insanlığa karşı suçun unsurlarını taşımadığı olabilecektir.[182]

Ancak, teknik bir hususun açıklığa kavuşturulması gerekir. Uluslararası suçlar iç hukuka nasıl aktarılacaktır? Ulusal hukukta yargılamanın hangi kurallara göre ve ne şekilde yapılacağı maddi ve usul hukuk kurallarında bellidir. Bu durumda, kaçınılmaz olarak uluslararası hukuka gönderme yapan (*renvoi*) bir ulusal hukuk kuralına ihtiyaç vardır. Bu ulusal hukuk kuralı, uluslararası hukuk kuralını iç hukuka aktarırken, aynı zamanda bu aktarma sonucu ulusal hukukta daha önce uygulanamayan bu kuralın geçmişe yönelik olarak da uygulanacağını belirtecektir. Bu aktarma işleminin kendisi yasallık ilkesini ve dolayısıyla 7. maddeyi ihlal eder mi?

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, kabul edilemezlik kararlarında, 7. maddenin 2. fıkrasına dayanarak uluslararası hukuka göre suç olan davranışların, eylemden çok sonra uluslararası hukuk kurallarının ulusal hukuka aktarılması yoluyla cezalandırılmasını Sözleşme'ye aykırı bulmamıştı. Örneğin Fransa'nın 1964 yılında geçmişe yönelik olarak insanlığa karşı suçlarda zamanaşımını kaldırması, Komisyon'a göre Sözleşme'yi ihlal etmez.[183] Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi de, komünist totaliter sistemlerin mirasının yok edilmesine ilişkin 1096 sayı Tavsiye Kararı'nda,

---

180 Bkz. aşağıda 285 nolu not.

181 Sawoniuk/Birleşik Krallık (kab. ed. kar), No 63716/00, 29.5.2001. Dava suçtan 50 yıl sonra yapılan savaş suçu yargılamasının adilliği hakkındadır.

182 Eva Brems (2011), "Transitional Justice in the Case Law of the European Court of Human Rights", 5 International Journal of Transitional Justice 282, 299.

183 Touvier/Fransa, No. 29420/95, 13.1.1997.

hem uluslararası suçlar açısından geriye yürüme yasağının uygulanamayacağını hem de bir usul kuralı olan zamanaşımı süresinin uzatılabileceğini belirtmiştir.[184]

Eski Sovyet Cumhuriyetlerinin bir kısmında bağımsızlık sonrasında Sovyetler Birliği döneminde işlenen suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalar bu maddeye ilişkin şikayetlerin Strazburg'a taşınmasına neden olmuştur. Bir çok ülkede, işlendiği tarihte uluslararası hukukta suç olarak nitelenen davranışlar, suçun işlenmesinden on yıllarca sonra bir ulusal yasa tarafından iç hukuka dahil edilip, geçmişe yönelik olarak uygulanmıştır.[185] Doğu Avrupa'da da Çek Cumhuriyeti, Polonya, Doğu Almanya gibi ülkelerin liderleri, geçmişe yönelik yasalarla yargı önüne çıkarılmış veya çıkarılmaya çalışılmıştır.[186] Penart/Estonya ve Kolk ve Kilkily/Estonya vakalarında, başvurucu 1953-1954 yıllarında resmi sıfatla ölümüne sebep olduğu üç kişiye ilişkin eylemleri nedeniyle 2003 yılında insanlığa karşı suç işlediği gerekçesiyle mahkum olmuştur. Başvurucu, Kasım 1994e kadar Estonya hukukunda insanlığa karşı suçun bulunmadığını, bu tarihte yasalaşmış bir suçun geriye yürütülemeyeceğini ileri sürmüştür.

AİHM, sivillere karşı işlenen öldürme eylemlerinin Nuremberg Şartı'nda düzenlendiğini, her ne kadar bu Şart sadece II. Dünya Savaşı'na ilişkin olsa bile insanlığa karşı suçlara ilişkin ilkelerin evrensel onayının daha sonra başta Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 46 sayılı kararı[187] ve Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Nuremberg Mahkemesi İlkeleri olmak üzere çeşitli vesilerle tekrar edildiğini kabul etmiştir. Estonya, Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmaması Sözleşmesi'ne

184 Resolution 1096 (1996) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems, para. 7.

185 Letonya, Estonya, Arnavutluk, Macaristan ve Polonya'daki benzer hüküm veya yargı kararları için bkz. Triestino Mariniello (2013), "The 'Nuremberg Clause' and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court's Jurisprudence", 82 Nordic Journal of International Law 221, 223-224.

186 Ellen L. Lutz (2009), "Prosecutions of Heads of State in Europe", Ellen L. Lutz ve Caitlin Reiger (eds.), Prosecuting Heads of State, (Cambridge:CUP), 25, s. 30-31.

187 Resolution No. 95 of the General Assembly of the United Nations Organisation, adopted on 11 December 1946.

1991 yılında taraf olmuştur. Sözleşme'nin I (b) hükmüne göre, insanlığa karşı suçlar savaşta veya barışta işlenmiş olmasına ve ne zaman işlendiğine bakılmaksızın zamanaşımına tabii tutulamaz. AİHM'e göre, Estonya'nın bu Sözleşme'den kaynaklanan bu suçları zamanaşımına uğratmama yükümlülüğü Sözleşme'ye taraf olmasından önceki suçları da kapsamaktadır.

AİHM, Penart davasında, başvurucunun eylemlerinin dönemin Sovyetler Birliği hukukuna uygun olsa bile BM'ye taraf olan ve yukarıda sayılan ilkeleri onaylayan bir Devletin vatandaşlarına bu tarihlerde insanlığa karşı suçların cezalandırılması yükümlülüğünden haberinin olmadığının ve bu nedenle durumun başvurucu açısından öngörülebilir olmadığının söylenmesinin mümkün olmadığını saptamıştır.[188] Uluslararası hukuk iç hukuka aktarıldığında, bu kuralı yorumlama yetkisi esasen yine ulusal merciilere aittir. AİHM'in görevi sadece bu yorum sonucu ortaya çıkan sonucun, Sözleşmeyi ihlal edip etmediğini tespit etmektir.[189]

Kononov/Letonya davasında başvurucu 1993 yılında çıkarılan bir yasa hükmüne dayanılarak 1944 yılındaki eylemleri nedeniyle yargılanmış ve o tarihte geçerli olan uluslararası hukuk kuralları uyarınca savaş suçu işlediği gerekçesiyle mahkum olmuştur. İlgili hüküm, uluslararası antlaşmalara ve teamüle aykırı olarak savaş suçu işleyen kişilerin müebbet hapse mahkum olmasını mümkün kılmaktadır.[190] Başvuruyu inceleyen AİHM'in 3. Dairesi, bu uygulamanın Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.[191] Bununla birlikte, itirazı inceleyen Büyük Daire, Daire'den farklı olarak Taraf Devletin Sözleşme'yi ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır. Büyük Daire, ilgili yasa hükmünün yaptığı gönderme uyarınca suçların işlendiği tarihte uluslararası hukukta başvurucunun cezai sorumluluğunu gerektirecek açık kurallar olup

188 Penart/Estonya, no. 14685/04, 24.1. 2006; Kolk ve Kilslyiy/Estonya, no. 23052/04, 17.1.2006.

189 AİHM'in bu konuda ulusal yargı organlarına geniş bir yorum imkanı verdiğinin somut göstergelerinden biri soykırım suçunu çok geniş yorumlayan Alman Mahkemelerinin kararını Sözleşmeye aykırı görmediği Jorgic/Almanya kararıdır. Bkz. no. 74613/01, 12.7.2007. Bununla birlikte aşağıda tartışılacağı üzere Korbely/Macaristan ve Vasiliauskas/Litvanya kararlarının bu açıklamaya uygunluğu tartışılabilir. Bkz. aşağıda Yasallık İlkesi Adalet İlkesine Karşı Güçleniyor mu? başlığı.

190 Kononov/Letonya, [BD], para. 48.

191 Kononov/Letonya, 3. Daire Kararı, 24.7.2008.

olmadığını ve başvurucunun o tarihlerde bunu bilmesi gerekip gerekmediğini tartışmıştır.[192] AİHM'e göre, suçun işlendiği 1944 yılında devletlerin savaş suçları nedeniyle komutan sorumluğunu cezalandırmak zorunda değilse bile buna yetkileri vardır.[193]

Aynı davada, başvurucu suçun zamanaşımına da uğradığını ileri sürmüştür. AİHM, 1944de işlenen suçlarla ilgili zamanaşımı konusunda da o yıllarda geçerli olan Ceza Kanunu'nun değil, yine uluslararası hukuk kurallarının esas alınması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, uluslararası hukukta çatışma dışı kişileri (*hors de combat*) kalleşçe öldüren başvurucunun suçuna uygulanan bir zamanaşımı kuralının 1944de olmadığını belirterek başvurucunun bu talebini de reddetmiştir. Buna göre; eğer daha önce düzenlenmiş bir uluslararası suç sonradan düzenlenen bir ulusal yasa ile hukuk düzenine dahil edilebiliyorsa, uluslararası suçun daha uzun öngördüğü veya hiç öngörmediği zamanaşımı kuralının da aynen ulusal hukuka aktarılabileceği sonucunu çıkarmak da mümkündür.

İnsanlığa karşı suç kavramının geçmişe uygulanmasının tek yolu geçmişte uluslararası hukukta suç olan eylemin sonradan çıkan bir yasayla iç hukukta aktif hale getirilmesi değildir. Bir olasılık da mevcut yasa kurallarını uygulayıp, zamanaşımı hükmünü uluslararası hukuk kuralı nedeniyle etkisiz hale getirmektir. Bu olasılıkta, öldürme suçunu işleyen kişi öldürme suçundan mahkum olacak ancak zamanaşımı itirazı suçun insanlığa karşı suç niteliğinde olması nedeniyle kabul edilmeyecektir. Arjantin Yüksek Mahkemesi, yasal bir değişiklik olmamasına rağmen zamanaşımı engelini bu tür bir yorumla aşmıştır.[194] Peru Yüksek Mahkemesi de insanlığa karşı suçların iç hukuka aktarılmamış olmasının yasallık veya geriye yürüme yasağını ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır. Ceza kanunundaki öldürme, yaralama gibi suçlar bu tür uluslararası bir niteleme ile iç hukukta uygulandığında, yasallık ilkesi ihlal edilmiş olmayacaktır.[195] Gerek Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza

192 Kononov/Letonya, [BD], para. 196-227.

193 Kononov/Letonya, [BD], para. 213.

194 Fabian Raimondo (2011), "Overcoming Domestic Legal Impediments to the Investigation and Prosecution of Human Rights Violations: The Case of Argentina", 18 Human Rights Brief 15, 17.

195 CSJ, Primera Sala Penal Transitoria, Exp. No. AV 19-2001, judgment of 30 December 2009dan aktaran Kai Ambos (2010), "The Fujimoro Judgment", Journal of Criminal Justice 1 s. 7-8.

Mahkemesi gerekse Sierra Leone Özel Mahkemesi de suçu geçmişe yönelik olarak yeniden nitelendirmeyi (*re-characterisation*) mümkün görmektedir. Ancak yeniden nitelemenin yasallık ilkesini ihlal etmemesi için aynı anda her iki hukuk düzeninde de suçun öngörülmesi gerekir. [196]

Görüldüğü gibi bir devletin, iç hukukuna çok sonra eklediği bir hükümle geçmişte işlenmiş uluslararası suçları soruşturup cezalandırması Sözleşme'yi ihlal etmemektedir.[197] Bununla birlikte, bunun geçerli olabilmesi için suçun işlendiği tarihte failin bu olasılığı öngörebilmesi gerekir. Bu öngörülebilirlik ölçütünün uluslararası hukuktaki suçlar açısından varlığı ulusal hukuka göre daha sıkıntılı olabilir. Lakin AİHM gerek Kononov'da gerekse diğer vakalarda bu noktada da sorun görmemiştir. Eski rejimde suç işleyen kişilere karşı ceza soruşturması açılması meşru ve öngörülebilirdir. Yeni rejimdeki mahkemelerin, Sözleşmenin merkezindeki değerleri ve hukukun üstünlüğü ilkesini dikkate alarak, suçun işlendiği tarihteki yasaları yeniden yorumlaması ve uygulaması eleştirilemez. Bu durum özellikle, uluslararası insan hakları hiyerarşisinde ve Sözleşmede üstün bir değere sahip olan ve Taraf Devletlerin öncelikli olarak koruma yükümlülüğü olan yaşam hakkı ile ilgiliyse söz konusu olacaktır. Savaş hukukuna ek olarak Sözleşmenin 2. maddesi de Taraf Devletlere yaşam hakkını, hayatı tehlikeye düşürecek suçları caydıracak ceza hukuku hükümlerini yürürlüğe koyma yükümlülüğü yüklemektedir.[198]

Bu yaklaşımın daha açık ifadesi şudur: Totaliter veya otoriter bir rejimde uluslararası hukuktaki suçların yorumlanmasıyla

---

196 Gallant, s. 321 ve 367-68.

197 Uluslararası teamül hukukunda suçun ne zaman ve ne şekilde olgunlaştığı ve içeriğinin ne olduğu konusu bazı ülkelerde, geriye yürüyen yasa hükmünün yasallık ilkesini ihlal edeceği sonucunu doğurmuştur. Ancak bu durum, daha çok başka ülkede işlenen suçlar açısından söz konusudur. Pinochet'nin İspanyaya sınırdışı edilmesi hakkında Lordlar Kamarası kararı için bkz. Regina v. Barte and the Commissioner of Police for the Metropolis and other Ex Parte Pinochet (No. 3), 38 ILM 581. Aynı yönde Hollanda Yüksek Mahkemesi kararı için In Re Bouterse, 18.9.2001, LJN no. AB1471, Case no. 00749/01 CW 2323'den aktaran Erika de Wet (2004), "The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law", 15 EJIL 97, 116 vd.

198 Kononov/Letonya, para. 241; Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya, para. 72 ve 79-86; K.-H.W. /Almanya, para. 66 ve 82-89.

demokratik bir hukuk devletinde yorumlanması farklıdır. Yeni demokratik rejim suçun üzerinden on yıllar geçmiş olsa bile bu ikinci yorumu yaptığı için suçlanamaz. Çünkü uluslararası hukukun doğru kabul ettiği yorum da budur.

Yukarıda örneklerini verdiğimiz ve 1940larda gerçekleşen suçların faillerinin 50 yıl sonra gerçekleşecek bu yorumu öngörmelerinin mümkün olduğunu söylemek kolay değildir. Ne var ki, AİHM Avrupa Konseyi'nin kuruluş ilkelerine açıkça saldırı niteliğindeki bu suçlara göz yummak istememiştir. Aşağıda incelediğimiz ve bu yorumu nispeten esneten yasallık ilkesinin güçlendiği kararları da bu ışıkta okumak gerekir.

2. Yasallık İlkesi Adalet İlkesine Karşı Güçleniyor mu?

AİHM yakın tarihli 3 önemli kararında başvurucu lehine karar vererek geçmişte işlenen suçlara uluslararası hukuku uygulayan ulusal yargı kararlarının 7. maddeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Ancak, bu nitelikte davalarda çıkan ihlal kararları da yasanın uluslararası suçu ulusal düzeye taşımasından kaynaklanmamaktadır. Ulusal yasa ve uygulamasının, uluslararası hukukta suçun işlendiği tarihteki suçtan daha geniş bir tanım getirmesidir. Bu nedenle, bu kararlar da buraya kadar yaptığımız saptamalarla ilkesel olarak çelişmemektedir.

Korbely/Macaristan davasında, Macaristan 1993 Şubat ayında çıkardığı bir Yasayla, Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmaması Sözleşmesi uyarınca 1956 ayaklanması sırasında işlenen suçların zamanaşımına tabii olmayacağını düzenlemiştir. Macaristan Anayasa Mahkemesi, sadece suçun işlendiği tarihte ulusal hukukta zamanaşımının öngörülmemiş olması halinde böyle bir düzenleme yapılabileceğini belirtmiş ancak bu kuralın istisnasının uluslararası hukuktaki insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları olduğunu belirlemiştir.[199] AİHM, bu saptamada bir sorun görmemiş, lakin 1956da gerçekleşen suçun Devlet "eylem ve politikası"nın bir parçası veya sistematik ya da yaygın bir saldırının parçası olduğunun kanıtlanmadığını saptadığı için o tarihteki insanlığa karşı suç tanımına uymadığı

199 Korbely/Macaristan [BD], no. 9174/02, 19.9.2008, para. 17-18.

gerekçesiyle yasallık ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[200] Bir başka deyişle, 1993 yılında çıkarılan bir yasayla 1956daki işlenen insanlığa karşı suça ilişkin zamanaşımının kaldırılmasının AİHM açısından bir sorun yaratmadığı açıktır.

Aynı şekilde Vasiliauskas/Litvanya vakasında, başvurucunun 1953 yılında işlediği bir suç nedeniyle 2001 yılında hakkında iddianame düzenlenmiş ve başvurucu hakkındaki ceza 2005 yılında kesinleşmiştir. 1990 yılına kadar Sovyetler Birliği'nin parçası olan Litvanya'da soykırım suçu yasaya ilk kez 1992 yılında girmiş, başvurucunun mahkum olduğu 2005 yılında ise 2003 yılında yenilenen Ceza Kanunu hükmü uygulanmıştır. AİHM Büyük Daire, 9a karşılık 8 oyla başvurucunun 7. maddede korunan hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Ne var ki bu ihlalin sebebi, sonradan çıkan Yasanın 50 yıl öncesine uygulanması değildir. Sonradan çıkan Yasadaki soykırım tanımının ve uygulamasının 1948 Soykırım Sözleşmesi'nde öngörülen soykırım suçundan daha geniş olması ve bu nedenle başvurucu tarafından öngörülemez nitelikte bulunmasıdır.[201] Karşıoy yazan yargıçlar, böyle geniş bir yorumun bile aslında AİHS'e aykırı olmadığı görüşündedir.[202] Bizim de katıldığımız bu görüşün tartışmasına burada girmemekle birlikte, belirtmek gerekir ki uluslararası suçların tanımının 1980ler ve 1990larda çok daha açık olduğu dikkate alındığında Türkiye'de işlenen suçlar açısından bu tür bir tartışmanın olma ihtimali hemen hemen hiç yoktur.

Nihayet son olarak bir diğer önemli istisna kararın altını çizmek gerekir. Ağır insan hakları ihlal faillerinin yaptığı başvurularda 7. madde ihlali bulunan bir diğer örnek Maktouf ve Damjanoviç vakasıdır. Bu davada başvurucular, Balkan Savaşında savaş suçu işlediğini reddetmeyen bir Boşnak ve Sırptır. Başvurucular, eylemlerine daha hafif ceza öngören 1976 Ceza Kanunu'nun

---

200 Korbely/Macaristan, para. 83-84. 6 Yargıç çoğunluğu katılmamıştır. Yargıç Lorenzen ve Diğerlerinin yazdığı karşıoyda, 1956da gerçekleşen ve başvuruya konu olan olayların Devlet politikasının bir parçası olarak değerlendirilmesi mümkündür. Lorenzen ve Diğerleri Karşı Oy yazısı, para. 1.

201 Vasiliauskas/Litvanya, no. 35343/05, 20.10.2015, para. 50-55 ve 165 vd. Litvanya Anayasa Mahkemesi de benzer bir görüş bildirmiştir.

202 Yargıç Villiger ve Diğerlerinin Karşıoyu; Yargıç Ziemele'nin Karşıoyu; Yargıç Power-Forde'un Karşıoyu; Yargıç Küris'in Karşıoyu.

değil ve fakat 2003 Ceza Kanunu'nun uygulanmasının Sözleşmeyi ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Hükümet insancıl hukukun savaş suçlarını yeterli bir şekilde cezalandırma yönünde getirdiği yükümlülüğün, geri yürümezlik ilkesine ağır basması gerektiğini ileri sürmüştür. AİHM, Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerinin de suç ve cezaların geri yürümezliği ilkesini içerdiğini belirterek, hükümetin bu argümanını reddetmiştir.[203]

İlk bakışta Büyük Daire tarafından verilen bu karar AİHM'in içtihadında büyük bir kırılma gibi değerlendirilebilir. Gerçekten de kararın sonuçları ağır olmuş, karar sonrası Bosna'da savaş suçuyla yargılanan çok sayıda kişi serbest bırakılmıştır.[204] Ne var ki, kararın suç ve cezaların geri yürümezliği konusunda AİHM'in esnek yaklaşımından geri dönüş olduğunu düşünmeye engel ayrıntılar mevcuttur. Öncelikle Maktouf ve Damjanoviç'te başvurucular diğer davalardan farklı olarak, eylemlerinin suç olmadığını değil, kendilerine uygulanan ve sonradan çıkarılan yasanın daha ağır bir ceza öngördüğünü ileri sürmektedir. Bu nedenle, asıl istedikleri daha hafif cezanın uygulanmasını gerektiren *lex mitior* ilkesidir.[205] Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen sonraki kurallarla daha ağır cezalandırma yasağı 7. maddede yer almamakla birlikte, AİHM içtihadı suç ve cezaların geri yürümezliği ilkesini *lex mitior* ilkesini de kapsayacak şekilde gelişmiştir.

İkinci olarak belirtmek gerekir ki, hükümet AİHM'den savaş suçları söz konusu olduğunda maddi adalet talebinin, yasaların geri yürümezliği ilkesine tercih edilmesini istemişse de bu beklenti son dönem AİHM kararları karşısında pek olası görülmemektedir. Her ne kadar AİHM, daha erken tarihli kararlarında 7. maddenin 2. fıkrasını yasallık ilkesine bir istisna şeklinde uygulamışsa da[206], en kritik davalarda bile doğal hukuk argümanını uygulamak

203 Maktouf ve Damjanoviç/Bosna Hersek, no. 2312/08, 18.7.2013, 74.

204 Bkz. James Sweeney (2014), "Non-retroactivity, candour and 'transitional relativism': a response to the ECtHR judgment in Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina", 8 Diritti umani e diritto internazionale 607.

205 Bu husus, farklı gerekçeyle çoğunlukla birlikte oy kullanan Yargıç Pinto de Albuquerque'nün gerekçesinde net bir şekilde görülebilir.

206 Mariniello, s. 227 vd.

yerine suçun pozitif hukuk kaynaklarını aramıştır.[207] Aşağıda görüleceği gibi Alman mahkemelerinin doğal hukuk argümanını kullandığı S.W./Almanya ve Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya[208] davalarında bile açıkça adaletin bu cezalandırmayı gerektirdiği ve bu nedenle yasallık ilkesinin gözardı edilebileceğini söylememiştir. AİHM, bu davalarda başvurucuların eylemlerinin pozitif hukukta yasaklandığı için 7. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Maktouf ve Damjanoviç'te ise davalı hükümet yasallık ilkesinin tamamen gözardı edilerek, adalet gereği başvurucuların mahkumiyetlerinin sözleşmeye uygun bulunmasını talep etmiştir.

Daha erken dönemde, ağır insan hakları ihlalleri karşısında yasallık ilkesini tali gören yaklaşım, ilerleyen dönemde daha dengeli bir yaklaşıma yerini bırakmıştır. Bunun yasallık ilkesinin uluslararası hukukta giderek güçlenen ve artık bir teamül kuralı haline gelen konumuyla da birlikte düşünmek gerekir.[209] Savaş suçları için daha yüksek cezanın istendiği Maktouf ve Damjanoviç'te de bir istisna getirmemesini bu nedenle yadırgamamak gerekir.[210]

Yargıç Pinto de Albuquerque'ün de belirttiği gibi; uluslararası sözleşmeler ve teamülde düzenlenen bir suç iç hukukta suç değilse veya iç hukukta suç olarak tanınmakla birlikte sistematik bir şekilde uygulanmıyorsa uluslararası hukuku uygulamak 7. maddeyi ihlal etmeyecektir. 7. madde, sadece iç hukukta suç tanımlanıp ceza da öngörüldüğünde daha sonra aynı suça daha ağır bir yaptırım öngörüldüğünde ihlal edilmiş olacaktır.

Bununla birlikte, şu riski öngörmek gerekir. Bir Devlet uluslararası suçları iç hukukta düzenlemiş ve fakat bu düzenleme uluslararası hukukta suç için öngörülenden çok daha az bir ceza öngörüyorsa,

---

207 Posner ve Vermeule, geri yürümenin açıkça kabul edilmediği durumlarda mahkemelerin, daha önceden mevcut olan üst bir hukuki kaynağa başvurduğunu veya mevcut hukuku daha ciddi uygulayarak bu sorunu aştığını saptamaktadır. AİHM de geri yürümeyi açıkça kabul etmemekte, Posner ve Vermeule'nin saptadığı bu yöntemi uygulamaktadır. E Posner ve A Vermeule (2004), "Transitional Justice as Ordinary Justice", 117 Harvard Law Review 761.

208 Bkz. aşağıda not 185-198 ve ilişkili metindeki tartışma.

209 K. Gallant (2009), The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law (Cambridge: Cambridge University Press), s. 67.

210 Sweeney bu yaklaşımı dürüst ve tutarlı bir yaklaşım olmadığı için eleştirmektedir. Sweeney, s. 620-21.

daha sonra çıkarılan bir yasa uluslararası hukukla uyumlu bir ceza getirdiğinde yine de *lex mitior* ilkesi uygulanacak mıdır? Kanımızca bu durumda suç ve cezaların geriye yürümesi değil, uluslararası hukuk kuralıyla ulusal hukuk kuralının çatışması söz konusudur. Böyle bir durumda da doğru yaklaşım uluslararası hukukta bu suçlar için öngörülen cezayla orantılı bir cezanın verilip verilmediğini de araştırmaktır. Nitekim, AmeİHM ceza adaletinin anlamını yitirmemesi için bu durumda cezanın orantılılığının mutlaka dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir.[211]

C. Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Geriye Yönelik Soruşturulması

İnsanlığa karşı suç niteliğine ulaşmayan ağır insan hakları ihlalleri için de benzer bir yorum yapılabilir mi? Bu suçlar da, otoriter rejimlerin iktidardan düşmesi halinde veya bir şekilde demokrasinin güçlenmesi sonrasında geriye yönelik soruşturulduğunda 7. maddenin ihlal edilmediği ileri sürülebilir mi? Ağır insan hakları ihlalleriyle insanlığa karşı suçlar giderek artan bir şekilde örtüşen kümeler haline gelmektedir. İnsanlığa karşı suçların tanımındaki savaşla bağlantı koşulunun kalkmış olması bu ayrımı yapmayı daha da güç hale getirmektedir.

Bununla birlikte, ağır insan hakları ihlallerine ilişkin soruşturmaların ayrıca incelenmesi gerekir. Çünkü bu suçlar iç hukukta insanlığa karşı suç olarak tarif edilmemiş olabileceği gibi insanlığa karşı suçların "yaygınlık" veya "sistematik" olma unsurları da yargılama sırasında tartışılmamış olabilir. Bu durumda, ağır insan hakları ihlallerinin geçmişe yönelik olarak yargılanması mümkün müdür? Sanık, işlediği suçun dönemin hukuku tarafından uygun görüldüğünü, bu nedenle rejim değişikliği sonrasında da hoşgörüyle karşılanması gerektiğini ileri sürebilir mi?

Ağır insan hakları ihlallerinin tamamı insanlığa karşı suç, savaş suçu gibi uluslararası suç niteliğine kavuşmamıştır. Her ne kadar, münferit olarak işlenen işkence suçu da artık dar anlamda uluslararası suç kapsamında kabul edilmekteyse[212] de yaşam

211 Rochela Massacre/Kolombiya, Series C No. 163, 11.5. 2007, para. 196. Bu yönde yeni bir test önerisi için bkz. Sanctis, s. 864 vd.

212 Antonio Cassese (2003), International Criminal Law, (OUP: Oxford), s. 120 vd.

hakkının farklı ihlal tiplerinin tamamı için bunu söylemek mümkün değildir. Bulacio/Arjantin davasında AmeİHM, cezasızlığa yol açan insan hakları suçlarında da zamanaşımının uygulanamayacağına karar vermiştir. Anılan davada, bir ergeni yargısız infazla öldürdüğü iddia edilen polis memuru, yargının açık kusuruyla sonuçlanmayan bir davada zamanaşımı nedeniyle cezalandırılamamıştır. AmeİHM, *pacta sund servanda* ilkesi uyarınca, AmeİHM'nin öngördüğü şekilde Sözleşme'nin hükümlerinin iç hukukta etkili bir şekilde uygulanması gerekliliğinin zamanaşımı dahil hiçbir ulusal yasa hükmü gerekçesiyle bertaraf edilemeyeceğini belirtmiştir. AmeİHM sadece bunun Sözleşme'yi ihlal ettiğini saptamakla yetinmemiş, soruşturmanın sürdürülüp, sorumlularının da cezalandırılmasını istemiştir.[213] Arjantin Yüksek Mahkemesi de bu talebe uygun hareket etmiştir.[214] AmeİHM'in incelemenin hiçbir yerinde, sanığın belirlilik ilkesine ilişkin hakkını dikkate almaması dikkat çekicidir. Devlet kurumlarının açık ihmaliyle ortaya çıkan cezasızlık halinde AmeİHM'in ağır insan hakları ihlaliyle, zamanaşımından faydalanan failin hakları arasında bir denge kurmayı bile anlamsız gördüğü anlaşılmaktadır.

AmeİHM doğal hukuk-pozitif hukuk tartışmasına girmeksizin AmeİHS Sözleşmesi'nin koruduğu değerlerin ulusal hukuk gerekçesiyle ihlal edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Arjantin Yüksek Mahkemesi'nin de bu konuda bir sorun yaşamadığı görülebilir. Farklı siyasi koşulların oluşturduğu ama benzer bir sorunun tartışıldığı vaka, Doğu Almanya'da duvarı geçmeye çalışan Doğu Alman vatandaşlarının vurulmasına ilişkin olarak AİHM'in önüne gelmiştir.

Almanya'nın birleşmesi sonrasında, Soğuk Savaş sırasında Doğu Berlin'den Batı Berlin'e duvardan geçmeye çalışırken vurulan

---

213 Bulacio/Arjantin, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 100,18.9.2003, para. 117-121.

214 Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], 23/12/2004, "Espósito, Miguel Angel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa," La Ley [L.L.] (2004-E-224) §16 (Arg.), available at http:// www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/responsibilidad_del_ estado/Esposito_Miguel_angel_s_incide.html'den aktaran Fernando Felip e Basch (2007), "The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and its Dangers", 23 AM. U. INT'L L. REV. 195, 216 (2007).

Doğu Alman vatandaşlarının dosyaları yeniden açılmıştır. Birleşik Almanya'da hem bu kişilerin vurulmasına ilişkin siyasi kararları alanların, hem de bu kararı infaz eden sıradan askerlerin sorumluluğu tartışma konusu olmuştur. Alman mahkemesi her iki kategorideki kişileri de yargılayıp mahkum etmiştir.

AİHM'in önüne gelen vakaların ilkindeki başvurucular Doğu Almanya'da üst düzey görevleri işgal eden ve Sosyalist Birlik Partisi'nde yöneticilik yapan 3 kişidir.[215] İkinci davanın başvurucusu ise duvardan geçmeye çalışan bir kişiyi 1972 yılında vuran askerdir. Bu eylemi nedeniyle de dönemin rejimi tarafından ödüllendirilmiştir.[216] Alman mahkemeleri Duvar Ölümlerini insanlığa karşı suç olarak nitelememiştir. AİHM önündeki tartışma da bu değildir. Bu nedenle, davanın ağır insan hakları ihlallerine ilişkin olarak ceza hukukunun geriye yürütülmesinin mümkün olup olmadığı şeklinde okunması gerekir.

Sorunun özü açıktır; bu eylemleri gerçekleştirdikleri sırada başvurucular açıkça hukuka uygun davrandıklarını düşünmektedirler. Hatta ilk üç başvurucu, bulundukları konum itibarıyla bizzat kuralları koyan kişilerdir. Olayın gerçekleştiği tarihte, birçok Doğu Alman'ın yaşam hakkı yasaya dayanarak ihlal edilmiştir. Bu nedenle, sorun bu ihlali gerçekleştirenlerin dayandığı hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesiyle yaşamını yitirenlerin yaşam hakları arasındaki çatışmanın nasıl giderileceğidir.

Birleşik Almanya'da mahkemeler bu sorunu "Radbruch formülü" ile çözmüştür. II. Dünya Savaşı sonrasında Nazi suçlarının yargılanmasının mümkün olup olmadığını değerlendiren pozitivist hukuk felsefecisi Radbruch, Savaş sonrasında bir hukuk sisteminin kabul edilebilir asgari sınırlarını çizme gereği duymuştur. Radbruch, Nazi düzeninin devraldığı "hukuk hukuktur" mantığının hukukun geçerliliğini denetlemek için başka herhangi bir ahlaki incelemeye gerek görmediğini saptamıştır.[217] Radbruch'e göre,

---

215 Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya [BD], no. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, 22.3.2001.

216 K.-H. W /Almanya [BD], no. 37201/97, 22.3.2001.

217 G. Radbruch, "Fünf Minuten Rechtsphilosophie", Rechtsphilosophie, 7th ed., Hrsg. E.Wolf (Stuttgart, 1970), s. 336. Bu yazının İngilizce çevirisi için bkz. Gustav Radbruch (2006), "Five Minutes of Legal Philosophy" 26 Oxford J Legal Studies 13. Ayrıca bkz. Thomas Martens (2003), "Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice", 14 Law and Critique 277, 281.

hukukun yasaüstü herhangi bir denetiminin yapılmaması ise Nazi rejiminin sapkınlıklarına katkıda bulunmuştu. Bu sorunun çözümünü ise Savaş sonrasında yazdığı ünlü eseri *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*'te vermiştir:

Adalet ve hukuksal kesinlik arasındaki çatışma şu şekilde çözülmelidir: Adaletle olan çelişkisi, yasanın "yanlış hukuk" ("*unrichtiges Recht*") haline gelip bu nedenle adalet karşısında boyun eğmesini zorunlu kılacak derece tahammül edilemez düzeye gelmediği sürece, adil olmasa ve insanların yararını gözetmese bile devlet gücü tarafından usulüne uygun kurallaştırılan ve güvence altına alınan pozitif hukuk tercih edilmelidir. Hatalarına rağmen geçerliliğini koruyan yasalar ile yasaların adaletsizliği arasında kesin bir çizgi çizmek imkansızdır. Bununla birlikte, temel bir ayrım büyük ölçüde açık bir şekilde çizilebilir: Adaleti sağlamak konusunda bir girişim bile yoksa, adaletin özünü oluşturan eşitliğe pozitif hukukun yapımında kasıtlı bir şekilde ihanet edilmişse, bu yasa sadece "yanlış hukuk" ("*unrichtiges Recht*") değildir aynı zamanda hukuk doğasından tamamen yoksundur. Çünkü, pozitif hukuk dahil, hukuk adalete hizmet anlamını taşıyan bir sistem ve kurumdan başka bir şekilde tanımlanamaz.[218]

Bugün Radbruch'ün gerçekten savaş sonrası görüşünü değiştirip değiştirmediğine ilişkin tartışmalar devam etmekle birlikte[219], Alman Mahkemelerinin Radbruch'ün formülünü benimseyerek temel hakları sistematik olarak hiçe sayan bazı tasarrufların hukuk sayılamayacağını kabul ettikleri şüphesizdir.

Hem Federal Yüksek Mahkeme'ye[220] hem de Federal Anayasa Mahkemesi'ne[221] göre Nasyonel Sosyalist dönemden kalan kuralların

---

218 G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", G. Radbruch, *Der Mensch im Recht* (Göttingen, 1957), 111. Bu yazının İngilizcesi için bkz. Gustav Radbruch (2006), Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law, 26 *Oxford J Legal Studies 1.*

219 Bkz. Stanley L. Paulson (2006), On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers, 26 Oxford Journal of Legal Studies 17; Martens.

220 BGHZ (III ZR 168/50 of 12 July 1951) 3, 94, 107. Aktaran Stefan Vogenaur (2006), An Empire of Light? II: Learning and Lawmaking in Germany Today, 26 Oxford Journal of Legal Studies.

221 BVerfGE (2 BvR 557/62 of 14 February 1968) 23, 98, 106-7. Aktaran Vogenaur.

bir kısmı adaletin temel ilkelerini tahammül edilemez düzeyde ihlal ettiklerinden çıkarıldıkları andan itibaren geçersizdirler. Anayasa Mahkemesi'ne göre aşırı adaletsizlik, Anayasa hükümlerini bile geçersiz kılabilir.[222] İki Almanya'nın birleşmesi ile Radbruch formülünün yeniden canlandığını görüyoruz. Federal Yüksek Mahkeme, Doğu Almanya sınır muhafızlarının Duvar'ı geçmeye çalışanları öldürmeleri yönünde geliştirilen siyaseti tartışırken Radbruch formülüne bir kez daha başvurmuştur.[223] Ancak Mahkeme bu sonuca ulaşırken 1950-60lardan farklı olarak adalet ilkesinin yanında uluslararası kamu hukuku tarafından korunan insan haklarına da yollama yapmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi de hukuki güvenlik ilkesi ile adalet ilkesi arasında tercih yapma zorunluluğu karşısında; bu tip "tamamen özel durumlarda" adaletin en temel gerekliliklerinin ceza hukukundaki katı geri yürümezlik yasağına tercih edilmesi gerektiğini belirtmiştir.[224]

AİHM, her ne kadar Alman mahkemelerinden farklı olarak bu tip bir doğal hukuk formülünü kabul etmemiş olsa da[225] Sözleşme'nin 7. maddesi anlamında neyin hukuk sayılabileceğini tanımlarken her pozitif kuralın veya uygulamanın hukuk kuralı sayılamayacağını kabul etmiştir:

Mahkeme, DAC sınır koruma politikası gibi açıkça insan haklarını ve bunun da ötesinde uluslararası insan hakları hiyerarşisinde yüce değere sahip yaşam hakkını açıkça ihlal eden bir Devlet uygulamasının Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. fıkrasında gösterilen koruma kapsamına giremeyeceğini düşünmektedir. Dayanağı olması gereken mevzuatın içini boşaltan ve tüm yargı organları dahil DAC'nın tüm organlarına dayatılan bu uygulama, Sözleşme'nin 7. maddesi anlamında "hukuk kuralı" olarak tanımlanamaz"[226]

---

222 BVerfGE (1 BvL 106/53 of 18 December 1953) 3, 225, 232-3. Aktaran Vogenaur.

223 Bkz. Rudolf Geiger, 'The German Border Guard Cases and International Human Rights' (1998) 9 European Journal of International Law 540; Walther, Suzanne (1995) "Problems in Blaming and Punishing Individuals for Human Rights Violations: The Example of the Berlin Wall Shootings", 1 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 104.

224 BVerfGE (2 BvR 1851, 1853, 1875, 1852/94 – 24 October 1996) 95, 96, 133-5,

225 Gerçi bu durumun pozitif hukuk kılıfında bir doğal hukuk yaklaşımı olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Matthias J. Herdegen (1995), "Unjust Laws, Human Rights, and the German Constitution: Germany's Recent Confrontation with the Past", 32 Columbia J. Transational Law 591, 602.

226 *Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya*, para. 87.

Streletz ve Diğerleri davasında AİHM, suç tarihinde Doğu Almanya'nın Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye taraf olduğunu ve bu Sözleşme'nin davada konu edilen hakları koruma altına aldığını hatırlatarak bunun işlenen suçların hukuka aykırılığının öngörülebilirliğinin bir delili olduğunu saptamıştır.[227] Daha önemlisi, AİHM'e göre sıradan bir er bile, açıkça sadece Doğu Almanya'nın anayasal ilkelerine değil ve fakat uluslararası insan hakları hukukunda üstün bir yere sahip olan yaşam hakkını açıkça ihlal eden talimatlara körü körüne biat edemez. Sınırı geçmeye çalışan silahsız bir kişiyi vurup öldürmek bu nitelikte bir eylemdir.[228] AİHM'in de Doğu Alman Ceza Yasalarını olayların gerçekleştiği tarihte Doğu Alman Mahkemelerinin yorumladığı şekilde değil ve fakat liberal bir hukuk devletinin 2001'deki değerlendirmesine göre yorumlayarak, suçun işlendiği tarihte öngörülemez nitelikte olan bir standardı kabul ettiği haklı olarak iddia edilmiştir.[229] Dahası, ceza sorumluluğu öngörmeyen insan hakları sözleşmelerinden suç ve ceza çıkarmak öngörülebilirlik testi açısından fazlasıyla tartışmalıdır. Gerçekten de, gerek sınır muhafızlarının gerekse bu kararları alan üst düzey yöneticilerin bu eylemlerinin bir demokratik hukuk devletinde meşru olmadığı gerekçesiyle bir gün yargılanacaklarını düşünmeleri mümkün değildir. Ne var ki, AİHM'in ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda öngörülebilirlik ilkesini ağır ihlalciler yönünde kullanmak istemediği görülmektedir. Her ne kadar AİHM, ağır insan hakları ihlallerinin olduğu davalarda yasallık ilkesine vurgusunu güçlendirmekteyse de Duvar davalarındaki içtihadından döndüğünü gösterir hiçbir somut veri yoktur.

Kuolelis ve Diğerleri/Litvanya vakasında[230], Litvanya'da rejim değişikliğinden hemen sonra Sovyetler Birliği'nin çıkarları doğrultusunda hareket eden başvurucular, anılan tarihte Sovyetler Birliği hukukunun geçerli olduğunu bu nedenle işledikleri iddia edilen suçları öngörmelerinin mümkün olmadığını ileri sürmüştür. AİHM, anılan tarihte Litvanya'da öngörülebilir bir

---

227 Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya, para. 73.

228 K.-H. W /Almanya, para. 74-76.

229 Jörg Arnold, Nora Karsten ve Helmut Kreicker, "The German Border Guard Cases before the European Court of Human Rights", 11 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 67, 74-75.

230 Kuolelis/Litvanya, no. 74357/01, 19.2.2008

şekilde yeni rejimin kurulduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre, başvuruculaların SSCB'nin desteği ile askeri bir müdahaleye başvurmaları yeni rejimin varlığının açık kanıtıdır.[231] Durum tersi olsa, yani askeri darbeyle başarılı olan bir grup iktidarını ilan etmiş olsaydı muhtemelen aynı eylem cezasız kalacaktı. Bu nedenle, ister istemez yapılan müdahalenin başarısı burada belirleyici olmaktadır. AİHM'in demokrasi aracıyla totaliter bir rejimi korumayı reddetme politikası burada da kolaylıkla görülebilir.

Ağır insan hakları ihlallerinin geriye yönelik olarak soruşturulması konusunda AİHM'in uluslararası suçlar konusunda olduğu kadar yerleşik bir içtihadından söz etmek güçtür. AİHM'in Taraf Devletlere AmeİHM kadar açık bir çek verip vermediği de şüphelidir. Bununla birlikte; Streletz, Kessler ve Krenz ve K.-H.W kararları totaliter rejimlerin hukukunu uygulayan faillerin yasallık ilkesinden yararlanmasının çok da kolay olmayacağını göstermektedir. Bu argümanımız, soruşturma zorunluluğuna ilişkin aşağıda sunduğumuz tartışmayla da desteklenebilir.

231 Aynı karar, para. 120.

2. Ceza Soruşturmasının Zorunluluğu

Ağır insan hakları ihlalleri zamanaşımı, af gibi nedenlerle cezasız kalabiliyorsa ve bu uluslararası hukuka aykırı değilse her ne kadar devletler bu suçları soruşturma imkanına sahipse de böyle bir zorunluluklarının olmadığı söylenebilir. Bu durumun en net görülebildiği örnek Janowiec ve Diğerleri davasıdır. Anılan davada AİHM, her ne kadar Taraf Devletlerin Sözleşmenin yürürlüğe girdiği 1950 öncesi olaylar için soruşturma açmasının Sözleşmeyi ihlal etmeyeceğini kabul etmiş olduğunu belirtmiş olsa da bunun Sözleşme'nin 1950 öncesine uygulanacağı anlamına gelmediği sonucuna ulaşmıştır.[232] Bir başka deyişle, bir Devlet 1950 öncesinde işlenen suçlar için soruşturma açtığında bu Sözleşmeyi ihlal etmeyecektir ama 1950 öncesindeki suç ne kadar ağır olursa olsun soruşturma açmayan Devlet soruşturma açmaya da zorlanamayacaktır.

Ancak eğer bu suçları cezasız bırakmak, ilgili Devletin uluslararası yükümlülüklerini ihlal ediyorsa sadece soruşturma açma yönünde bir takdir yetkisinden değil ve fakat soruşturma açma yükümlülüğünden bahsetmek gerekecektir. Yaşam hakkı ve işkence yasağı açısından bu yükümlülük, uluslararası hukukta genel olarak tanınmıştır. Bilindiği gibi 2. ve 3. maddeye ilişkin AİHM'in yerleşik içtihadı da bu yöndedir. Bu maddelerden kaynaklanan tek ödev bu maddeleri ihlal etmeyi yasaklayan maddi ödev değildir, aynı zamanda bu maddelerde korunan hakların ihlal edilmesi halinde bu ihlalleri soruşturma yönünde usuli bir ödev de bulunmaktadır.[233] Salt hukuki giderim yolları kasten işlenen yaşam hakkı ve işkence yasağı ihlalleri için yeterli değildir, sorumluların tespitini ve cezalandırılmasını sağlayacak etkili bir soruşturma yürütülmesi de gereklidir.[234] Mağdurlar sadece tazminata yönelik hukuki yollara başvurmaya yöneltiliyorsa bu Sözleşme'nin öngördüğü

232 Janowiec ve Diğerleri/Rusya, para. 151.

233 İlkenin kurulduğu temel karar için bkz. McCann/Birleşik Krallık, para. 161

234 Khashiyev ve Akayeva/Rusya, No. 57942/00, 57945/00, 24.2. 2005, para. 153; Yaşa/Türkiye, para. 74; Mocanu/Romanya, para. 227.

usuli ödevin yerine getirilmediği anlamına gelecektir.[235] Ağır insan hakları ihlalleri açısından bu ödev daha nettir.

Zamanaşımı bu ödevi ortadan kaldırabilir mi? Türkiye'nin Batı Grubu davalara ilişkin Bakanlar Komitesi'ne yolladığı görüşte[236], zamanaşımı nedeniyle bu suçların soruşturulamayacağı bu nedenle de ağır insan hakları ihlallerinin soruşturulmasına ilişkin uluslararası ödevin sönümlendiği ileri sürülmektedir. Bir başka deyişle, Hükümet 2. ve 3. maddelerden kaynaklanan bir uluslararası hukuk ödevi olduğunu kabul etmekte ve fakat ulusal hukuktaki bu kuralın bu ödevi ortadan kaldırdığını ileri sürmektedir.

Bu iddianın uluslararası hukuka aykırı olduğu açıktır. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devlet Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerinin[237] 3. maddesinde belirtildiği gibi bir eylemin ulusal hukukta hukuka uygun olarak nitelendirilmesi, devletin uluslararası hukuktaki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesi de devletin uluslararası antlaşmadan kaynaklanan ödevini yerine getirmeme gerekçesi olarak ulusal hukuk kuralına dayanamayacağını düzenlemektedir.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Furundzija kararı, işkence suçu açısından bu yükümlülüğü ve aksinin kabulünün yaratacağı mantıksızlığı şu şekilde açık bir şekilde ileri sürmektedir:

"Bir yandan işkence yasağının buyruk emir (*jus cogens*) değeri nedeniyle, işkenceyi öngören sözleşme ve teamül kurallarının *ab initio* hükümsüz olduğunu ileri sürüp, daha sonra işkenceye izin veren veya göz yuman ulusal önlemleri alan veya af yasası ile faillerini aklayan Devlet'i dikkate almamak anlamsız olur."[238]

EYUCM'ye göre böyle bir durum gerçekleştiğinde, ulusal tasarruflar uluslararası hukuk tarafından tanınmayacaktır. Mahkemeye göre, buyruk emir bir devletin egemenlik hakkının en doğal görünümü olan sözleşme yapma imkanını bile sınırlandırırken devletlere

---

235 Isayeva ve Diğerleri/Rusya, no. 57947/00, 24.2.2005, para. 149.

236 Bkz. yukarıda 161 nolu dipnot.

237 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, (A/56/10). Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two.

238 Prosecutor v. Furundzija, IT-95-17/1-T (Dec. 10, 1998), para. 155.

bu suçu soruşturma ödevi yüklemediğini söylemek mantıksız olacaktır. Daha önemlisi bu ulusal tasarruflardan yararlanan işkence failleri yabancı bir ülkede veya kendi ülkelerinde rejim değişikliği sonrasında cezai olarak sorumlu tutulacaklardır.[239] Dahası aynı ilke uyarınca işkence suçunu zamanaşımı uygulanamayacaktır.[240] EYUCM'nin bu saptamasının tüm ağır insan hakları ihlalleri açısından da geçerli kabul edilmesi gerekir. Nitekim, Türkiye'deki tüm yaşam hakkı ihlaliyle sonuçlanan suçlara ilişkin zamanaşımının kaldırılmasını isteyen Hukukdışı, Keyfi ve Yargısız İnfazlar Özel Raportörü'nün yaklaşımının da bu yönde olduğu ifade edilebilir.[241]

Yukarıda bahsettiğimiz gibi Hükümet bu iddiasını ileri sürerken, ağır insan hakları ihlallerinin kim tarafından ve hangi koşullar altında gerçekleştirildiğini hiç dikkate almamıştır. Suçun faillerinin ve mağdurlarının zaman içindeki koşullarının incelenmesi, af ve zamanaşımı kurallarının bu suçlar bakımından uygulanmasının doğuracağı sonuçlar ayrı ayrı incelenmelidir.

A. Suçun İşlendiği Dönem ve Failin Durumu

Uluslararası suçlar bölümünde anlattığımız üzere, insan hakları hukuku açısından asıl kritik sorun, suçun failinin suçun işlendiği tarihte ulusal veya uluslararası hukuk açısından eyleminin suç olup olmadığını öngörebilmesidir. Bu nedenle, her ne kadar Anayasa zamanaşımına suç ve cezaların yasallığı ilkesinin uygulanacağını belirtmişse de her iki kural arasında bir fark olduğu açıktır. Bir kişinin yasada düzenlenmediği için suç olmadığını düşündüğü bir davranışı gerçekleştirmesiyle, suç olduğunu bilmesine rağmen suçu işleyip 20 veya 30 yıl kaçması aynı kapsamda değerlendirilemez.

Tüm zamanaşımı düzenlemeleri için ileri sürülen bu görüş, kamu görevlileri tarafından işlenen ağır insan hakları ihlallerinde daha açık bir şekilde görülebilir. Yaşam hakkı, işkence yasağı ihlallerine yol açan kamu görevlilerinin işledikleri suçlar, suçların soruşturulması potansiyeli açısından diğer suçlardan farklıdır. Kamu görevlisi olmayanların işlediği suçlarda kişi adaletten kaçmaya çalışsa bile suçluluğu çeşitli yollarla ortaya çıkarılabilir.

239 Aynı karar, para. 155.

240 Aynı karar, para. 157.

241 Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, Mission to Turkey, A/HRC/23/47/Add.2, paras. 62 and 117

Oysa cezasızlığın hakim olduğu hukuksal ortamlarda, suçu işleyen kamu görevlisi ile suçu soruşturması gereken kamusal yetkililerin yakınlığı, yıllarca hiçbir işlem yapılmamasına ve daha sonrasında da suçun zamanaşımına uğramasına neden olmaktadır. Bunun içindir ki, zamanaşımı cezasızlık sorunun sadece bir unsurunu oluşturmaktadır. O yüzden bu bütün gözden kaçırarak salt, suç ve cezaların kanuniliğine sıkıştırılmış bir değerlendirme, adil bir sonuç üretemez. Zamanaşımının insanlığa karşı suçlar, işkence gibi kimi suçlarda hiç kabul edilmemesinin arkasında yatan temel nedenlerden biri de budur. Bu suçların failleri genelde iktidardadır ve iktidarda oldukları süre içerisinde bu suçları soruşturmak imkansızdır.

Meksika Yüksek Mahkemesi eski Devlet Başkanı Echeverria'nın işlediği suçların zamanaşımına uğramadığını belirlerken, 2002 yılında yürürlüğe giren BM Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmaması Sözleşmesi'nin geriye yürüyemeyeceğini ancak Echeverria için zamanaşımının ancak Devlet başkanlığının sona erdiği tarihte başlayabileceğinden yola çıkmıştır.[242]

Bu kural, açıkça düzenlenmemiş olsaydı da iyiniyet ilkesinden aynı sonuca ulaşmak gerekirdi. Failin üst düzey bir karar alıcı olması durumunda konu nettir. AİHM'e göre üst düzey yöneticilerin mevzuata aykırı bir şekilde ağır insan hakları ihlallerinin bir pratik haline gelmesine göz yumup, ardından bunun hukuk haline geldiğini ileri sürmeleri mümkün değildir. Üst düzey yöneticilerin, ülkedeki hukuk düzeninin ihlal edildiğinden haberdar olmaması söz konusu olamaz.[243] Tam tersine, sistematik, açık ve yaygın bir şekilde temel hakların ihlal edilmesi devletin bu ihlallerin giderilmesi konusunda yükümlülüğünü ağırlaştırır.[244] AmeİHM, cezasızlık davalarında suçun işlendiği dönemdeki bağlamı bir çok davada vurgulamış,

242 Naomi Roht-Arriaza (2009), "Prosecutions of Heads of State in Latin America", Ellen L. Lutz ve Caitlin Reiger (eds.), Prosecuting Heads of State, (Cambridge:CUP), s. 59.

243 Streletz, Kessler ve Krenz /Almanya, para. 78.

244 Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadı için bkz. Goiburú/Paraguay, para. 62-63; Gomes Lund/Brezilya, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C.) No. 219, para. 103.

süreye ilişkin esnekliğinde bu hususu da dikkate almıştır.[245] Bu yaklaşım uluslararası ceza hukukundaki komutan sorumluluğu ile de uyumludur. Fujimoro davasında Peru Yüksek Mahkemesi, genel kontrolün bu açıdan yeterli olduğuna karar vermiştir.[246] Sistematik insan hakları ihlalinin gerçekleştirenler, yönetmekle sorumlu oldukları devletin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olmaktadır. Bu suçları işleyenlerin kendilerini temize çıkarmak için yetkilerini kötüye kullanmaları, evrensel nitelik taşıyan "hiç kimsenin kendi hatasından fayda sağlamayacağı" kuralının[247] açık bir ihlalini oluşturur.

Benzer bir durum, daha alt rütbeli kişilerin kullandığı yetkiler için de aynı şekilde geçerli olmalıdır. Cezasızlığın sistemikleştiği bir hukuk düzeninde, bundan faydalanan kişinin suç ve cezaların yasallığı ilkesine güven duyduğu söylenemez. Suçu işleyen kişi, suçun işlendiği tarihte bunun suç olmadığını öngöremeyecek durumda değildir. Tam tersine, suç işlendikten sonra sistemli bir şekilde sorumlular aklanmakta, davalar düşürülmektedir. Bir başka deyişle, sorumlular suç olduğunu bildikleri davranışları nedeniyle cezalandırılmamak için yeni suçlar ve hukuk aykırı davranışlar işlemektedirler. Zamanaşımı, bu nedenle sistemik cezasızlık sorunun bir parçasıdır.

Gerçekten de; AİHM önünde karara bağlanmış yüzlerce davada etkili soruşturma yapılmadığı için Türkiye'nin Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerini ihlal edildiğine karar verilmiş. Bu davalar Bakanlar Komitesi'nde nitelikli izleme altında olmasına[248] rağmen hiçbirinde sorumlular yargılanıp cezalandırılmamıştır. Kolluk güçleri aleyhine açılan ceza davalarında, davanın gereken özen gösterilmediği için zamanaşımına uğraması tam anlamıyla bir dokunulmazlık zırhı yaratmaktadır.[249] İlk dönem davalarında

245 Ruti Teitel (2015), "Transitional Justice and Judicial Activism-A Right to Accountability?" 48 Cornell Int L. J. 385, özellikle 390 vd.

246 Bkz. 194 nolu not.

247 İlkenin yüzyılı aşkın bir uygulaması vardır: Riggs v. Palmer, 115 N.Y. 506 (1889).

248 Halen Bakanlar Komitesinde devam eden cezasızlık dava grupları ve karar sayıları şu şekildedir: Batı ve Diğerleri (83 dava), Aksoy (205 dava), Erdoğan ve Diğerleri (8 dava), Kasa (6 dava), Gomi ve Diğerleri (3 dava), Oya Ataman (45 dava). Dosyalar kapanmadığı için bu sayılar artmaktadır.

249 Temizalp/Türkiye, no. 36395/06, 21.10.2014, para. 38-40.

AİHM, Türkiye'nin Güney Doğusunda gerçekleşen ağır insan hakları ihlallerinin soruşturulmasında karşılaşılan ve yapısal bir sorun olarak ortaya çıkan cezasızlık sorununu Kılıç/Türkiye kararında ortaya koymuştur.[250] Bu kararda gösterildiği gibi AİHM önüne gelen başvurularda kolluk güçlerini cezalandırmamak için benzer yöntemlere başvurulmaktadır.

İlerleyen dönemde, yapılan çok sayıda yasal değişikliğe rağmen, bu temel sorun giderilmemiştir. Uğur/Türkiye davasında AİHM zamanaşımının bu bütün içerisindeki yerini tespit etmiştir: "Mahkeme, Türkiye aleyhine açılan çok sayıda davada, ulusal mahkemeler tarafından, kötü muameleyle bağlantılı suçlardan veya kanunu aykırı şekilde adam öldürmekten suçlu bulunan kolluk görevlilerinin cezasız bırakıldığını gözlemlemiştir. Mahkeme, ulusal adli makamlar tarafından kabul edilen üç temel uygulamanın bu tür suçların faillerinin cezasız kalmasına yol açtığına dikkat çekmektedir."[251] Bu uygulamalardan birincisi 4616 Sayılı Yasa ile getirilen 23 Nisan 1999 öncesi suçlarda erteleme imkanıdır.[252] İkinci uygulama tipi CMK 231 uyarınca bu suçlarda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması tedbiridir.[253] Üçüncü unsur ise ulusal makamların, kötü muamele ve öldürme olaylarıyla ilgili soruşturma ve kovuşturma sürecinde, titizlik ve hızlılık koşulunu yerine getirmemiş olmaları nedeniyle, öngörülen zaman aşımı süresinin dolması neticesinde davaların zamanaşımına uğramasıdır.[254] Bu davalarda, asli failler haklarında kesin deliller bulunmasına rağmen, dava veya ceza zamanaşımına uğramaktadır.

Bu nedenle zamanaşımı meselesi, cezasızlık olgusunun bütünü içinde değerlendirilmelidir. Kolluk güçlerinin fail olduğu ağır insan hakları ihlallerinde, soruşturmalar bir çok hukuki hatayla bir türlü sonuçlanmamakta, sonuçlandığında ise hep failin lehine nihayetlenmektedir. Bu davalarda; sıklıkla tanıkların dinlenmediği, şüphelilerin hemen ifadesinin alınmadığı, keşif, otopsi gibi kararların alınmadığı, her zaman kamu görevlilerinin savunmasının doğru varsayıldığı gözlenmektedir. O yüzden sorun

250 Kılıç/Türkiye, no. 22492/93, 28.3.2000, para. 72-75.

251 Uğur/Türkiye, no. 37308/05, 13.1.2015, para. 98.

252 Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, no. 42942/02, 8.4. 2008, para. 69

253 Kasap ve Diğerleri/Türkiye, no. 8656/10, 14.1.2014, para. 56.

254 Uğur/Türkiye, para. 99-101.

sadece failin cezalandırılmaması değil, ağır insan hakları suçlarının ortaya çıkarılmasına engel olan yapının çözülmesidir. Bu nedenle, zamanaşımı kurallarının bu suçlarda sivil kişilerin işlediği suçlarda olduğu şekilde uygulanması düşünülemez. Bu suçlar ne zaman soruşturulabilir hale gelirse o zaman soruşturulmalıdır.

B. Başvurucunun Durumu

Ağır insan hakları ihlali mağdurları, içinde bulundukları konum itibarıyla ihlalin giderilmesi için başvuru yapabilecek durumda değildir. Bu durumu içsel ve dışsal olarak ikiye ayırmak mümkündür. İşkence, kayıp, faili meçhul suçlarının mağdurları yaşadıkları travma nedeniyle hukuksal mekanizmaları işletmekten imtina edebilecekleri gibi dışarıdan gelen tehdit ve baskı nedeniyle de çekinebilirler. Bu ihlallerin ortaya çıktığı dönemlerde, ihlallerin üstüne gidecek bir siyasi irade olmadığı gibi ısrarla olayların üstünün örtülmeye çalışıldığı da bilinen bir gerçektir. Bu nedenle, zamanaşımı süresinin suçun işlendiği tarihten itibaren işletilmeye başlanması bu durumun onaylanması, mağdurun korumasız kalması gibi sonuçlar doğurabilir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu için Bağımsız Uzman Diana Orentlicher tarafından hazırlanan "Cezasızlıkla Mücadeleyle ilgili Güncellenmiş İlkeler"in[255] 23. İlkesi zamanaşımı ile ilgili olarak niteliği itibarıyla zamanaşımına tabii olmaması gereken suçlarla ilgili zamanaşımının işletilmemesini belirtmesinin yanında, etkili bir giderim aracının olmadığı durumlarda da zamanaşımı süresinin işlememesi gerektiğini belirtmektedir. İnsan Hakları Komitesi de[256], askeri rejim sırasında işlenen suçların gerektiği derecede uzun bir süre ve sorumlularını adalete teslim etmek için gerektiği kadar geriye giderek soruşturulması gerektiğini belirtmiştir.

---

255 Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity, *Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity*, U.N. Econ. and Soc. Council, Comm'n on Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/2005/103/Add.l (Feb. 8, 2005). This was noted with appreciation by the Human Rights Council. *See* Human Rights Council Res. 10/10, Rep. of the Human Rights Council, 10th Sess., Mar. 2-27, 2009, U.N. Doc. A/HRC/10/29, at 21-22 (Mar. 26, 2009).

256 Human Rights Comm., Concluding Observations of the Human Rights Comm.: Argentina, 70th Sess., Oct. 25-26, Nov. 1, 2000, para. 9, U.N. Doc. CCPR/CO/70/ARG (Nov. 15, 2000).

Birinci bölümde açıklandığı gibi AİHM çok sayıda kararda insan hakları ihlallerinin yarattığı travmayı, başvuruculların ulusal ve uluslararası makamlara geç başvurularını meşru kılan bir husus olarak tespit etmektedir. Gasyak/Türkiye davasında Yargıç Sajo, Tsotsoria ve Karakaş farklı gerekçeli karşıoylarında, olağanüstü hal döneminde birçok davada başvuruculların Devlet'in yoğun baskısı nedeniyle iç hukuk yollarının tüketmesine gerek olmadığına karar verildiği[257] gibi 6 ay kuralının da bu baskı nedeniyle ilgili giderim yollarına başvuramayan kişiler açısından uygulanamayacağını belirtmişlerdi.[258] Yargıçların başvuru usulü açısından önerdikleri bu genel kuralın, aksini ispat yükü hükümete düşmek koşuluyla maddi hukuk açısından da kabulü zorunludur. Ağır insan hakları ihlalinin mağduru, eğer bu konuda şikayetini dillendiremiyorsa bunun makul bir sebebinin bulunması gerekir. Başvurunun yapılamadığı süre içerisinde zamanaşımının dolmasının kabul edilmesi, mağdurun koşulları dikkate alınmadığında cezasızlık politikasının onaylanması haline gelecektir.

Burada kısaca değindiğimiz failin ve mağdurun durumunun uluslararası insan hakları hukukunda ilkesel bir şekilde tartışıldığı alan ise af ve zamanaşımı uygulamalarıdır. Soruşturma zorunluluğu konusunda son sözü söylemek için bu içtihada da kısaca bakmak gerekir.

C. Af ve Zamanaşımı Sorunu

AİHM'in Af ve Zamanaşımı nedeniyle ağır insan hakları ihlallerinin soruşturulmamasına ilişkin içtihadı diğer insan hakları denetim mekanizmalarına göre nispeten yenidir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, af nedeniyle ağır hak ihlallerinin soruşturulmaması veya ceza tesis edilmemesini MSHUS'ye aykırı bulmaktadır.[259] İHK'ye göre; işkence ve kötü muamele, keyfi ve yargısız infazlar ve kayıplar söz konusu olduğunda ceza hukukun etkili bir şekilde işletilmesi ve sorumluların yargı önüne çıkarılması gerekir. Bu ihlaller karşısında af veya benzeri dokunulmazlık

257 Akdıvar ve Diğerleri/Türkiye, no. 21893/93, 16.9.1996, para. 70.

258 Gasyak ve Diğerleri/Türkiye, no. 27872/03, 13.10.2009; Yargıç Sajo, Tsotsoria ve Karakaş'ın farklı gerekçeli oyları.

259 General Comment 20, Article 7 (Forty-fourth session, 1992), para. 48; General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26 May 2004, para. 18.

önlemleri kabul edilemez. Dahası, üstün emri veya kısa zamanaşımı süreleri gibi cezasızlığa yol açacak önlemlerin kaldırılması gerekir.[260] İHK, daha sonraki yıllara yönelik olarak işkence ve kayıplara ilişkin zamanaşımı kısıtlamasının kaldırılmasını da yeterli görmemektedir. Ciddi insan hakları ihlallerinde; Komiteye göre bu ihlallerin uluslararası hukuka uygun bir şekilde soruşturulmasını sağlayacak yasal değişikliklerin yapılması gerekir. Bir başka deyişle, ciddi insan hakları ihlallerinde zamanaşımı engelinin geriye yönelik olarak da kaldırılması gerekir.[261]

AmeİHM, *ne bis in idem* ilkesinin bile bellikoşulların varlığı halinde ağır insan hakları ihlali söz konusu olduğunda istisnasının olabileceğini belirtmektedir. Buna göre aynı suçtan iki kez yargılanmama ilkesi a. İnsan haklarını veya uluslararası hukuku ihlal eden failleri ceza soruşturmasından korumak için yargılama yapılıp beraat kararı verildiyse; b. Yargılama bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine uygun yürütülmediyse; c. Sorumluları adalet önüne çıkarmak için gerçek bir niyet yoksa. AmeİHM'e göre insan hakları ihlallerinin veya insanlığa karşı suç faillerinin ortaya çıkarılmasını sağlayacak yeni olay ve deliller mevcutsa, soruşturma beraat yönünde kesin hüküm olsa bile yeniden açılabilir. Çünkü bu durumda; adalet, mağdurların hakları, Amerikan Sözleşmesinin sözü ve ruhu *ne bis in idem* ilkesine ağır basar.[262] Bu ilke, aynı şekilde zamanaşımı, kesin hüküm, aynı suçtan iki kez yargılanamama gibi sorumluların soruşturulması ve cezalandırılmasını engelleyecek tüm kavramlar açısından da uygulanacaktır. Ağır insan hakları ihlallerinin giderilmesi bu gibi usuli gerekçelerle engellenemeyecektir.[263] AmeİHM, ciddi insan hakları soruşturmalarını cezasız bırakacak af ve benzeri tüm önlemlerin genel uluslararası hukukta da yasak olduğunu

---

260 UNHRC General Comment No. 31 (2004), CCPR/C/2 1/Rev. 1/Add. 13, para. 17-18.

261 El Salvador, CCPR/C/SLV/CO/6, 18 November 2010, paragraph 6 ("torture and enforced disappearance… serious human-rights violations"); Panama, CCPR/C/PAN/CO/3, 17 April 2008, paragraph 7 ("offences involving serious human-rights violations").

262 Almonacid-Arellano et /Şili, 26.9. 2006 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), para. 154; La Cantuta/Peru, 29.11. 2006 (Merits, Reparations and Costs), para. 151-154.

263 Anzualdo Castro/Peru, 22.9. 2009 (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), para. 182.

ve Sözleşme'yi ihlal edeceğini tespit etmiştir.[264] AmeİHM'ye göre bu yasak sadece otoriter rejimlerin kendilerini aklamak için çıkardıkları aflar için değil (*self-amnesty*) ama ciddi insan hakları ihlallerinin cezasız bırakan tüm aflar için de geçerlidir.[265]

Barrios Altos davasında[266], AmeİHM Peru'da çıkarılan "kendi kendini af yasalarının" adil yargılanma ve etkili hukuk yolu güvencelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. AmeİHM'ne göre; sorumluluğu ortadan kaldırmaya yönelik tüm af hükümleri, işkence, yargısız infaz ve zorla kaybetme gibi ciddi insan hakları ihlallerinin soruşturulmasını ve cezalandırılmasını engellediği için uluslararası insan hakları hukuku tarafından tanınmış askıya alınamaz hakları ihlal ettikleri gerekçesi ile yasaklanmıştır.[267] AmeİHM'e göre, kendi kendini af yasaları ile AmeİHS arasındaki açık uyumsuzluk nedeniyle bu tür yasaların hukuki bir sonucu olamaz ve bu nedenlerle soruşturmalar engellenemez.[268] Mahkemeye göre, sistematik insan hakları ihlalleri bağlamında gerçekleşen olaylarda cezasızlık olgusunun aşılması daha büyük bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır.[269] AmeİHM kararına dayanan Arjantin Yüksek Mahkemesi de benzer gerekçelerle Ley de Punto Final ve Ley de Obedinecia Debida isimlerini taşıyan ve cuntacıların affını öngören yasaları geçersiz saymıştır.[270] Bu sayede cuntanın 30 yılı aşkın bir süre sonra mahkum edilmesinin yolu açılmıştır. Bu kararlar verilirken, uluslararası hukuk zamanaşımı gibi itirazların aşılmasında önemli rol oynamıştır.[271]

AmeİHM, daha yakın tarihli farklı davalarda ilgili devletlerin AmeİHM'nin zorunlu yargı yetkisini tanımasından önce gerçekleşen

---

264 Gelman/Uruguay, 24.2. 2011, Merits and Reparations, para. 184-229.

265 Gelman/Uruguay, para. 229; Gomes Lund et al / Brezilya, 24.11.2010, (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), para. 175.

266 Barrios Altos/Peru, 14.3.2001, (Ser C) No. 75, para. 41.

267 Mahkeme'nin burada sadece Amerikalılararası Sözleşme'ye değil ve fakat uluslararası insan hakları hukukuna yollama yapmasının altı çizilmelidir.

268 Aynı karar, para. 44.

269 *Case of Goiburú et al.* Judgment of September 22, 2006. Series C No. 153, para. 131

270 Bakker, s. 1112.

271 Gabriel Chavez Tafur (2008), "Using International Law to By-pass Domestic Legal Hurdles", 6 Journal of International Criminal Justice 1061-1075. Hemen not edelim, Arjantin Federal Mahkemesi, uluslararası hukuka çok dolaylı bir yorumla ulaşmıştır.

ağır insan hakları ihlallerini soruşturma ödevini inceleme imkânı bulmuştur.[272] Her ne kadar AmeİHM, hükümetlerin yargı yetkisini tanırken buna zaman açısından sınır koyabileceğini kabul etmişse[273] de, bu kurala iki durumda istisna getirilebileceğini kabul etmiştir. Birinci durumda, şikayet olayın yargı yetkisini tanımadan sonraki kısmına tekabül edebilir. İkinci halde ise devam eden veya sürekli nitelik taşıyan bir ihlal vardır.[274] Şili'deki Af Yasasına ilişkin AmeİHM'nin saptaması bu kapsamda önemlidir. Almonacid-Arellano kararında, AmeİHM, her ne kadar af yasasının çıkarılmasından Şili'nin Sözleşme'ye taraf olduğu tarihe kadar Şili'nin bir sorumluluğundan bahsedilemese de Sözleşme'ye taraf olmakla devletin af yasasını kaldırma yükümlülüğünün doğduğuna karar vermiştir. Bir başka deyişle, daha sonraki tarihte onaylanmış bir sözleşmenin daha önceden çıkarılmış olan bir af yasasını kaldırmayı zorunlu kıldığını saptamıştır.[275] AmeİHM'nin bu zorunlulukla yasallık ilkesi arasında bir çelişki görmemesi ayrıca not etmeye değerdir.

Almonacid-Arrellano kararı bir başka açıdan daha anmaya değerdir. AmeİHM, Şili'de çıkarılmış Af Yasası'nın (2.191 sayılı Karar) geçerliliğini incelerken Almonacid-Arrellano'ya karşı işlenen suçun insanlığa karşı suç sayılıp sayılamayacağını değerlendirmiştir. Kasten öldürme fiili ile insanlığa karşı suç işlemenin ilk kez Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü'nün 6. maddesinin (c) bendinde anıldığını belirten AmeİHM, daha sonra suçun ana unsurlarının tamamen aynı kaldığını sadece daha sonra bu suçun savaş dışında da işlenebileceğinin kabul edildiğini belirtmiştir.[276] Mahkemeye göre, mağdurun öldürüldüğü 1973 yılında sivillerin belirli kesimlerine karşı işlenen kasten öldürme

---

272 Serrano Cruz Sisters/El Salvador, Preliminary Objections, IACtHR Series C 118 (2004); Almonacid-Arellano et al. /Şili, IACtHR Series C 154 (2006); Goiburu et al./Paraguay IACtHR Series C 153 (2006); Moiwana Community /Surinam, IACtHR Series C 124 (2005); 14 IHRR 454 (2007); Plan de Sanchez Massacre/Guatemala IACtHR Series C 105 (2004); 13 IHRR 986 (2006).

273 Serrano Cruz Sisters/El Salvador, para. 79; Almonacid-Arellano et al./Şili, para. 44

274 Case of the Girls Yean and Bosico/Dominik Cumhuriyeti**,** IACtHR Series C 130 (2005), para. 106,

275 Almonacid-Arellano et al/Şili, para. 50

276 Aynı karar, para. 95-96.

dahil genelleşmiş veya sistematik saldırıların da bulunduğu insanlığa karşı suçlar uluslararası hukukun ihlali niteliğini taşır. Bu suçların işlenmesinin yasaklanmasına ilişkin kural bir buyruk kuraldır *(jus cogens*) ve bu suçların cezalandırılması uluslararası hukukun genel ilkeleri uyarınca zorunludur.[277] Bu durumda, devletler af yasası veya başka bir ulusal mevzuata dayanarak uluslararası hukuktan kaynaklanan soruşturma ve cezalandırma ödevine aykırı davranamaz.[278] İnsanlığa karşı suçlara karşı mağdurları savunmasız bırakan ve sürekli dokunulmazlığa yol açan af yasalarının varlığı dahi Sözleşmeyi ihlal etmektedir. Bir devlet Sözleşme'ye taraf olmadan önce böyle bir yasa çıkarmış olsa bile Sözleşmeye taraf olduğu andan itibaren bu af yasasını kaldırma yükümlülüğü altındadır.[279] Bu nedenle bu tür af yasalarının hukuksal bir geçerliliği yoktur.[280] Hükümet, 1973 yılında işlenen cinayeti soruşturmaya devam etmeli, sorumluları bulduğunda uygun bir şekilde cezalandırmalıdır.[281] Şili Yüksek Mahkemesi de 2004 yılında, Af Yasasının Cenevre Sözleşmeleri karşısında geçerli olamayacağına karar vermiştir.[282] AmeİHM benzer bir içtihadı Peru'ya karşı açılan La Cantuta[283] ve Miguel Castro-Castro Prison[284] davalarında da tekrar etmiştir.

AİHM, giderek artan sayıda kararında af ve zamanaşımı sorununa ilişkin karar vermektedir. Bu içtihada göre, yaşam hakkı ve

277 Aynı karar, para. 99.

278 Aynı karar, para. 114.

279 Hemen belirtmek gerekir ki, AmeİHS AİHS'den farklı olarak ulusal hukukun Sözleşme ile uyumlaştırılması konusunda açık bir hüküm içermektedir. Buna göre; eğer Devletlerin saygı göstermesi gereken hak ve özgürlükler mevzuatla güvence altına alınmamışsa Devletler bu hak ve ödevleri hayata geçirecek düzenlemeleri yapma yükümlülüğü altındadır. Kanımızca benzer bir sonuç AİHS'in 1. maddesinde düzenlenen genel sağlama ödevinden çıkarılabilir.

280 Aynı karar, para. 119.

281 Aynı karar, para. 144.

282 Fannie Lafontaine (2005), "No Amnesty or Statute of Limitation for Enforced Disappearances: The Sandoval Case before the Supreme Court of Chile", 3 Journal of International Criminal Justice 469, s. 471.

283 La Cantuta v Peru Merits, Reparations and Costs, IACtHR Series C 162 (2006) at para. 225.

284 Miguel Castro-Castro Prison v Peru IACtHR Series C 160 (2006) at paras 402-05. (1992 yılında cezaevinde işlenen öldürme ve işkence eylemleri hakkında)

işkence ve kötü muamele yasağının söz konusu olduğu vakalarda zamanaşımı veya af nedeniyle sorumluların cezalandırılmasının mümkün olmaması Sözleşmeyi ihlal eder.[285] Dahası, AİHM'e göre, Devlet ajanlarının işkence ve kötü muamele ile suçlandıkları davalarda dava zamanaşımı nedeniyle sonlandırılmamalıdır ve ayrıca bu davalar af nedeniyle cezasızlıkla kapatılamaz.[286]

Margus/Hırvatistan başvurusunda[287] AİHM, af ve zamanaşımı tartışmasını tersinden okumak durumunda kalmıştır. Bu davada başvurucu, Hırvatistan ordusundayken birden fazla kişiyi öldürmekle yargılanırken 1997 yılında çıkan bir aftan yararlanmış ve hakkındaki dava düşmüştür. Ancak aynı eylemler 2007 yılında bu kez sivillere yönelik işlenmiş savaş suçları olarak nitelenmiş ve Margus bu kez suçlu bulunarak 15 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvurucu, bu kararın AİHS'e Ek 7. Protokol'ün 4. maddesinde düzenlenen aynı suçtan iki kez yargılanma yasağına aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bu nedenle, Margus'ta AİHM mağdur ailelerinin etkili soruşturma haklarının ihlali iddialarının tersi bir taleple karşı karşıyadır. Ne var ki, AİHM Sözleşme'yi sistematik yorum yöntemiyle bir bütün halinde yorumlamış, birbiriyle çelişebilecek hükümlerin uyum içinde olması gerekliliğini hatırlatarak[288] ilgili şikayeti Devletlerin 2. ve 3. maddeden kaynaklanan usul ödevleri ışığında değerlendirmiştir. AİHM, ender başvurduğu bir yöntemle ağırlıklı olarak yukarıda bahsettiğimiz AmeİHM içtihadına gönderme yaparak aflarla ilgili uluslararası hukuk gelişmelerini özetlemiş ve giderek artan bir ölçüde ciddi insan hakları ihlallerine ilişkin getirilen afların uluslararası hukukta

---

285 *Abdülsamet Yaman/Türkiye*, no. 32446/96, 2.11.2004, para. 55; *Okkalı/Türkiye*, no 52067/99, 17.10.2006, para. 76; *Yeşil ve Sevim/Türkiye*, no. 34738/04, 5.6.2007, para. 38; *Karagöz ve Diğerleri/Türkiye*, no. 14352/05, 13.7.2010, para. 53-55; *Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye*, no. 15828/03, 17.3. 2009, para. 101; *Fazıl Ahmet Tamer ve Diğerleri/Türkiye*, no. 19028/02, 24.7.2007, para. 91-100; Dağabakan ve Yıldırım/Türkiye, no.20562/07, 94.2013, para. 64; *Zeynep Özcan/Türkiye* No. 45906/99, 20.2.2007, para. 45.

286 Afet Süreyya Eren/Türkiye, no. 36617/07, 20.10.2015, para. 44; İzci/Türkiye, no. 42606/05, 23.7.2013, para. 73.

287 Margus/Hırvatistan, no. 4455/10, 27.5.2014.

288 Sözleşmeyi bir bütün olarak okuma zorunluluğu hakkında bkz. Stec and Others v. the United Kingdom (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 48, ECHR 2005-X, and Austin and Others v. the United Kingdom [GC], nos. 39692/09, § 54, ECHR 2012.

kabul görmediğini gözlemlemiştir.[289] AİHM, başvurucunun işlediği suçların temel hakların ağır ihlali (*grave violation of fundamental rights*) niteliğinde olduğunu saptamıştır. AmeİHM'den farklı olarak AİHM, uzlaşma amaçlı yapılan af süreçlerine ilişkin kapıyı tamamen kapatmamıştır. AİHM'e göre bu nitelikte bir affın kabul edilmesi mümkün olsa bile Margus böyle bir durum söz konusu değildir çünkü fail ağır insan hakları ihlali işleyen bir ordu mensubudur.[290] Buna göre, Sözleşmenin 2. ve 3. maddesi ve diğer uluslararası metin ve mekanizmaların gereği olarak başvurucu yargılayıp, cezalandıran Hırvatistan açısından 7. Protokolün 4. maddesinin uygulanması mümkün değildir.[291]

Daha erken tarihli Ould Dahl kararı da aflarla ilgili bu yaklaşımı desteklemektedir. Moritanyalı bir subayın Fransa'da işkence nedeniyle soruşturulduğu davada, başvurucu kendi ülkesinde çıkarılan af yasası nedeniyle artık sorumlu tutulamayacağını, Fransa'da bu suçtan dolayı yargılanacağını öngörmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. İşkence yasağının buyruk emir (*jus cogens*) niteliğine ulaştığını saptayan AİHM, evrensel yetkiyi öngören BM İşkenceye Karşı Sözleşme'nin taraf devletlerin kendi vatandaşlarını korumak amacıyla veya bizzat failler tarafından ulusal düzenlemelerle etkisiz hale getirilmesinin İKS'nin amacına aykırı olacağını saptamıştır. AİHM'e göre, af müessesinin geçiş döneminde bir uzlaşmayı sağlamak için yapılması her ne kadar kural olarak dışlanamasa da Moritanya'daki durum bu değildir. Faillerin cezalandırılmasını önlemek için sağlanan ve uluslararası hukuka aykırı olan bu cezasızlık zırhı bu nedenle Sözleşme tarafından da korunma göremez.[292]

Her ne kadar Margus davasında Devletin çıkardığı affın Sözleşme'yi ihlal edip etmediği doğrudan tartışılmamışsa da, şikayet konusu yargılamanın meşru görülmesinin nedeninin 2. ve 3. maddede düzenlenen usul ödevinin yerine getirilmesi olduğu düşünüldüğünde Devletlerin eskiden işlenmiş ve fakat bir şekilde

289 Margus/Hırvatistan, para. 129-138.

290 Margus/Hırvatistan, para. 139.

291 Margus/Hırvatistan, para. 140.

292 Ould Dahl/Fransa, no. 13113/03, (kab. edilemezlik kar.), 17.3.2009. Benzer bir yaklaşım Arjantin ve Şili'de işlenen suçlara ilişkin olarak İspanya'da Yargıç Baltazar Garzon tarafından gösterilmiştir. Bkz. Naomi Roht-Arriaza, s. 55.

fiilen veya hukuken soruşturmasına son verilmiş ağır insan hakları ihlallerini soruşturma ödevi olduğu sonucuna ulaşılabilir.

AİHM'in sistematik yorumu kullanarak, Sözleşme'nin temel amacını anımsattığı başka örnekler de vardır. Rohlena/Çek Cumhuriyeti davasında, ev içi şiddete ilişkin 2004 sonrası yapılan düzenlemenin 2004 öncesi ve sonrası dönemi kapsayacak şekilde müteselsil suç olarak düzenlenmesinin kanunilik ilkesini ihlal etmediğini saptarken; AİHM ek olarak düzenlemenin ev içi şiddete karşı ulusal hukuki korumanın güçlendirilmesi yoluyla Sözleşmenin temel amaçlarına yani insan onuru ve özgürlüğünün özüyle de uyumlu olduğunu belirtmiştir.[293] AİHM'in bu söyleminden; her ne kadar, salt insan onurunun korunması tek başına keyfi bir düzenlemeyi 7. madde ile uyumlu hale getiremeyecekse de insan onuru ve özgürlüğünü korumaya yönelik düzenlemelerde 7. maddenin daha esnek yorumlanacağı sonucu çıkarılabilir. Benzer bir saptamayı AİHM, Vasiliauskas/Litvanya davasında yapmaktadır. Devletin hem silahlı çatışma hukukundan hem de Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan yetkileri dahilindekilerin yaşam hakkını güvenceye alma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük, hayatı tehlikeye düşürecek suçların işlenmesini engelleyecek etkili soruşturma yapma sorumluluğunu da ihtiva eder.[294] Bu nedenle, 7. maddedeki yasallık ilkesi, devletin soruşturma ödevi ışığında değerlendirilmelidir.

Mahkeme'nin özellikle Association 21 December 1989 ve Diğerleri/Romanya[295] kararında vurgusunun altı çizilmelidir. Mahkeme, mağdurların ve yakınlarının olayları çevreleyen hakikatleri bilme hakkının etkili bir soruşturma hakkının da temelini oluşturduğunu belirtmektedir. AİHM, totaliter rejimden demokratik döneme geçiş sürecinde hükümet karşıtı gösteriye katılan sivil topluluğa yaygın bir şekilde öldürücü silahlarla saldırıldığı olayların söz konusu olduğu bir başvuruda ceza soruşturmasının özellikle yetkililerin hareketsizliği nedeniyle zamanaşımına uğradığı dikkate alındığında etkili bir soruşturmadan bahsedilemeyeceğini saptamıştır. Bu anlamda failleri sorumluluktan kurtaran af ve

293 Rohlena/Çek Cumhuriyeti, no. 59552/08, 27.1.2015, para. 171.

294 Vasiliauskas/Litvanya, para. 159; Kononov/Letonya, para. 241.

295 Association 21 December 1989 ve Diğerleri/Romanya, no. 33810/07, 25.5.2011, para. 144.

benzeri uygulamaların da Sözleşmeye aykırı olacağı açıktır.[296] AİHM, istisnasız ve Sözleşmenin gereklerine aykırı sonuçlar veren esnek olmayan sürelerin de kabulünün mümkün olmadığı kanaatindedir.[297] AİHM'in ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda mağdurun ve failin durumunu dikkate almaksızın her durumda aynen uygulanan zamanaşımı kurallarını kabul edilemez bulduğu açıktır. Nitekim, AİHM Mocanu ve Diğerleri Büyük Daire kararında, yetkili mercilerin hareketsizliği nedeniyle ceza sorumluluğunun zamanaşımına uğramasının 2. ve 3. madde yükümlülükleri karşısında kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

Mocanu ve Diğerleri davasında; Yargıç Pinto de Albuquerque ve Vucinic'in farklı gerekçeli oyları konuyu daha net ortaya koymaktadır. Yargıçlar, Romanya'da Haziran 1990de muhalefetin bastırılması için yapılan müdahalenin bir bütün halinde düşünüldüğünde insanlığa karşı suç niteliğine ulaştığını ve bu nedenle bu kapsamda işlenen işkence suçunun zamanaşımına tabii tutulmasının mümkün olmadığını belirtmektedirler.[298] Olay dökümü incelendiğinde; gerek yaygınlık gerekse sistematiklik açısından Romanya'nın ne 80 ihtilali sonrasını, ne de 90lar Türkiyesiyle kıyaslanamayacağını söylemek mümkündür.

D. AİHM veya AYM Zamanaşımı Davalarında Soruşturmanın Açılması Yönünde Karar Verebilir mi?

Zamanaşımına uğramış ağır insan hakları ihlallerini soruşturmak konusunda devletlerin sadece serbesti sahibi olmadığı, aynı zamanda bu yönde pozitif bir ödevlerinin olduğunu böylece görmüş olduk. Ne var ki, AİHM'in veya AYM'nin Devletin etkili soruşturma yapmamış olduğunu saptamasının sonuçlarının ne olacağı nispeten karışıktır. Hukukun üstünlüğünün kabul edildiği bir hukuk sisteminde bu saptama karar sonrasında etkili bir soruşturma yapılmasını zorunlu kılmalıdır. Ancak ihlal kararının

296 Abdülsamet Yaman/Türkiye, para. 55; Yeter/Türkiye, para. 70; Ould Dah/Fransa.

297 Mocanu ve Diğerleri, para. 346.

298 Mocanu ve Diğerleri/Romanya, Yargıç Pinto de Albuquerque ve Vucinic'in farklı gerekçeli oyu, para. 10-14.

otomatik olarak bu sonucu doğurup doğurmadığı tartışmalıdır. Örneğin, zamanaşımına uğramış olan başvurunun usul ödevini ihlal ettiğini belirlediğinde AİHM, aynı zamanda soruşturma açma yönünde talimat da vermiş olmakta mıdır? Karar infaz için Bakanlar Komitesi'ne yollandığında Bakanlar Komitesi, kararın yerine getirilmesi açısından bu hususa da bakabilir. Bununla birlikte, Bakanlar Komitesi'nin içtihadından bu yönde mutlak bir zorunluluk çıktığını söylemek çok kolay değildir.

Bu nedenle, bu gibi davalarda AİHM'in açıkça bu yönde bir giderimi emretmesi çok önemlidir. Ne var ki, çok yakın tarihlere kadar, AİHM, 41. madde uyarınca, sadece tazminata hükmedip, parasal olmayan giderim araçları önermemeyi tercih etmiştir.[299] Hatta giderimin temel amacının *restitutio in integrum* olduğunun kabul edildiği kararlarda bile durum budur.

AİHM'in yakın tarihe kadar devam eden bu tutumu, diğer insan hakları mekanizmalarının kabul ettiği giderim yöntemlerinin çok gerisindeydi. AİHM'in Sözleşmeyi yaşayan bir belge olarak yorumladığı ve diğer insan hakları koruma mekanizmalarında bir çok kararında dikkate aldığı düşünüldüğünde, insan hakları hukukunda örnekleri bulunan diğer giderim yöntemlerinin Sözleşme içtihadına taşınma olasılığının her zaman açık olduğunu akılda tutmak gerekir. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin[300] yorum organı İnsan Hakları Komitesi, Sözleşme sisteminde asıl giderim aracının tazminat olduğunu kabul etmekle birlikte, şartların uygun olması halinde giderimin iade (*restitution*), ıslah (*rehabilitation*) ve kamuoyu önünde özür dileme, kamusal anıtlar inşa etme, ihlalinin tekrar gerçekleşmemesi için güvenceler verme, ilgili mevzuat ve uygulamada değişiklikler gerçekleştirme

299 Genel olarak bkz. Valerio Colandrea (2007), On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdovic Cases, 7 Human Rights Law Review 396; Juan Carlos Upegui Mejia, "Remedies in the International Human Rights Law: A comparative approach between the case law of both the Inter-American Court and the European Court of Human Rights", http://www.eplo.eu/alfaII/docs/Grant%20Holders/JCUpegui.pdf, s. 3.

300 Bakanlar Kurulu'nun 5851 sayılı Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair Kararı, RG: 21 Temmuz 2003, Sayı 25175.

ve insan hakları ihlallerini gerçekleştirenlerin adalete teslimi gibi başka tatmin araçlarını da içerebileceğini belirtmektedir.[301]

AmeİHM'in kararları bu açıdan ışık tutucu niteliktedir.[302] AmeİHM, restitutio in integrum'a en yakın sonucu sağlamak için, tazminat yanında çeşitli parasal olmayan giderim araçlarının sağlanması yönünde kararlar vermiştir.[303] Bu yaklaşım, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devlet Sorumluluğu'na ilişkin geliştirdiği genel ilkelerle uyum içerisindedir. AmeİHM, hem mağdurlara hem de toplumun çeşitli kesimlerine ilişkin giderim kararları vermiştir. Mağdura ilişkin olanlar arasında eski hale iade, ıslah, sorumluluğun kabulü gibi önlemler hakkında, topluma ilişkin olarak da mevzuat ve uygulama değişikliği ile kamu görevlilerinin eğitimi hakkında hükümler verilmiştir.[304] AmeİHM, davalı Devletin adil yargılamaya aykırı bir şekilde hüküm giyen kişiyi serbest bırakmasına[305], bu kişinin ilgili ceza davası nedeniyle ilişiği kesilen kamu kurumlarındaki görevine geri dönmesine, başvurucunun alıkonulduğu dönem de dahil olmak üzere tüm emeklilik haklarının sağlanmasına[306], ilgili kararın Sözleşme'ye aykırı bulduğu iç hukuk kurallarının değiştirilmesi için gerekli önlemleri almaya ve başvuruculaların aleyhine sonuçlanan ve Sözleşme'yi ihlal eden usul

---

301 Bkz. Komite'nin "Sözleşme'ye Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuksal Ödevin Niteliği" başlıklı 31 Nolu Genel Yorumu, para. 16. (The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13.) Komite'nin karar örnekleri için bkz. Dinah Shelton (2005), Remedies in International Human Rights Law, (Oxford: OUP, 2nd ed.), s. 178 vd.

302 Amerikalılararası İnsan Hakları sisteminde giderim yöntemleri ile ilgili olarak şu sempozyum notlarına bakılabilir: "Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach" (2007), 56 Am. U. L. Rev. 1375

303 Parasal olmayan giderim türleri için bkz. Shelton, s. 271 vd.

304 Ayrıntılı bir sınıflandırma ve inceleme için bkz. M. Antkowiak (2007-2008); "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", 46 Colum. J. Transnat'l L. 351; Judith Schonsteiner (2007-2008), "Dissuasive Measures and the "Society as a Whole": A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Right", 23 Am. U. Int'l L. Rev. 127.

305 Loayza Tamayo/Peru, 17. 9.1997, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 33 (1997), para. 84.

306 Loayza Tamayo/Peru, Reparations, 27.11. 1998, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 42 (1998).

sonucu verilen mahkumiyet kararının geçersizliğine[307], ihlalden sorumlu olanların tespit edilip cezalandırılabilmesi için şikayetin soruşturulmasına, ölüm cezasının geçersiz sayılmasına[308], sabıka kaydının silinmesine[309], para cezalarının iptaline[310], psikolojik tedavi sağlanmasına[311], geçmişte alıkonulanlar için öğretim ve mesleki eğitim desteğinin sağlanmasına[312], kararın günlük gazetelerde yayınlanmasına[313], bir kamu binasına mağdurların isminin verilmesine[314] karar vermiştir.[315] AmeİHM daha da ileri giderek, haksız alıkonma nedeniyle öğrenciliğini sürdüremeyen başvurucuya burs sağlanması ve davalı Devletin kamuya açık bir şekilde özür dilemesine[316], zararların karşılanması için fon kurulmasına[317] karar vermiştir.

Zamanaşımı ve af konusunda da, AmeİHM'in çok katı olduğu görülmektedir. AmeİHM, hiçbir iç hukuk kuralının hükümetin AmeİHS'den kaynaklanan soruşturma ödevini ortadan kaldıramayacağını ve bu nitelikteki tüm kuralların hukuken gerekçesiz olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, hükümet ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda; zamanaşımı, suç ve cezaların geri yürümezliği veya *ne bis in idem* ilkesi gibi gerekçelerle sorumluları soruşturup yargılamaktan kaçınamaz.[318] Bunun

---

307 Castillo Petruzzi vd/Peru, 30. 5. 1999, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 52 (1999); Cantoral Benavides/Peru, 3.12. 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001).

308 Fermín-Ramírez/Guatemala, 2005 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 126.

309 Acosta-Calderon/Ekvator, 2005 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 129.

310 Berenson-Mejía/Peru, 2004 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 119.

311 Barrios Altos/Peru, 2001 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 87.

312 Juvenile Reeducation Institute/Paraguay, 2004 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 112

313 Yatama/Nikaragua, 2005 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 127.

314 Villagrán-Morales (The Street Children Case)/Guatemala, 2001 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 77.

315 El Amparo Case, Reparations, 14. 9. 1996, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 28 (1996)

316 Cantoral Benavides/Peru, 3.12. 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001), para. 80-81.

317 El Amparo Case, Reparations, 14. 9. 1996, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 28 (1996), para. 46-47.

318 Almonacid-Arellano/Şili, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, 26.9.2006, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 154, para. 151.

sonucu olarak, AmeİHM kararlarının hüküm fıkrasında açıkça soruşturmayı engelleyen ulusal mevzuatın uygulanmaması ve soruşturmanın devam ederek soruşturulanların cezalandırılmasını istemektedir.[319]

Şüphesiz dava konusu hakkın veya özgürlüğün ihlaline sebep olan önlem veya durumun doğurduğu sonuçların giderilmesine ve zarar gören tarafa adil bir tazminatın ödenmesine de karar verebileceğini ifade eden AmeİHS'nin 63. maddesi, bu içtihadın oluşmasını kolaylaştırmaktadır.[320] Yine Avrupa Konseyi'nden farklı olarak Amerika İnsan Hakları Sisteminde, kararların icrasının denetimini siyasi bir organ değil AmeİHM yapmaktadır. Ancak, AİHS'nin 41. maddesinin de, Sözleşme'nin 46. maddesi de dikkate alındığında tazminat dışı önlemlere ilişkin kararlar almayı imkânsız kıldığı söylenemez. Gerçekten de AmeİHM, AmeİHS'nin 63. maddesinin uluslararası hukukun temel kurallarından birini kodifiye ettiğini, uluslararası sorumluluk hukuku gereğince ihlal tespitinin devlete ihlali durdurma ve ihlalin sonuçlarını onarma ödevini yüklediğini belirtmektedir.[321] AİHS'nin 41 ve 46. maddenin de bu temel kurala uygun yorumlanması gerekir. Eğer ihlal öncesi duruma dönmek mümkün değilse en azından en yakın duruma dönülebilmelidir. Çünkü nihayetinde, onarım araçlarının hedefi ihlalin yol açtığı zararların silinmesidir.[322]

AİHM'in yeni kararları, bu genel kuralın yavaş bir şekilde de olsa Strazburg içtihadına da yansıdığını göstermektedir. Bununla birlikte, gelişme öncelikle başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi nedeniyle yargılanmanın yenilenmesi yönünde kararlara ilişkin oluşmuştur. AİHS sisteminde ihlal nedeniyle tazminat ödenmesi yanında alınacak bireysel önlemler arasında en yaygın hale gelen önlem yargılamanın iadesi veya yargılamanın

319 Bkz. aynı karar.

320 AmeİHS'de de ilk başta sadece tazminata ilişkin bir hüküm koyulması düşünülmüş, ancak daha sonra Guatemalalı delegenin girişimiyle geniş kapsamlı bir giderim hükmü kabul edilmiştir. Jo M. Pasqualucci (2003), The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, (Cambridge: CUP), s. 233.

321 Cesti Hurtado/Peru, 31.5. 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 78 (2001), para. 35; Blake/Guatemala, Reparations. 22.1. 1999. Series C No. 48, para. 34-35.

322 Cantoral Benavides/Peru, 3.12. 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001), para. 42

yeniden açılmasıdır. Bakanlar Komitesi, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hükümlerinin Verilmesinin Ardından Belli Davaların Ulusal Düzeyde Yeniden İncelenmesi ya da Yeniden Görülmesi Hakkında" tavsiye kararında[323]; "Mahkeme hükümlerinin icrasının denetlenmesine ilişkin Bakanlar Komitesi uygulamasının, *restitutio in integrum*"u gerçekleştirmede, eğer tek yolu olarak addedilmeyecek ise, en etkili yolun, istisnai hallerde bir davanın yeniden incelenmesi yahut davanın yeniden görülmesi olduğunu gösterdiği"ni belirterek taraf devletin "şikayete konu ulusal kararın esası bakımından Sözleşmeye aykırılık oluşturduğu" veya "tespit edilen ihlalin, şikayete konu ulusal yargılamanın neticesi hakkında ciddi kuşku uyandıran vahamette usuli hatalara ya da aksaklıklara dayalı olduğu sonucuna varıldığı takdirde" davanın yeniden incelenmesini tavsiye etmiştir. Büyük Dairenin Öcalan kararı[324] sonrasında, Türkiye'ye karşı açılan çok sayıda davada bağımsız ve tarafsız olmadığı saptanan süreçlerde verilen hükümlerin yeniden yargılama konusu edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.[325] Her ne kadar AİHM, davalı devlete yargılanmanın yenilenmesi konusunda bir talimat vermeye yetkili olmadığını belirtmekteyse[326] de, hüküm fıkrasında yargılamanın yenilenmesinin tavsiye edildiği karar örnekleri[327] de bulunmaktadır.

---

323 Bakanlar Komitesi'nin R(2000)2 sayılı kararı, "Recommendation of the Committee of Ministers to member States, on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights." Karar Türkçeye Semih Gemalmaz tarafından çevrilmiştir. M. Semih Gemalmaz (2006), "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hükümlerinin Verilmesinin Ardından Belli Davaların Ulusal Düzeyde Yeniden İncelenmesi ya da Yeniden Görülmesi Hakkında Bakanlar Komitesinin üye Devletlere yönelik olarak aldığı Tavsiye Kararı No. R. (2000)2", Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı, 2. Kitap, Avrupa Konseyi Belgeleri ve AİHM Kuralları Şerhi, (Legal: İstanbul), s. 773.

324 Öcalan/Türkiye [BD], no. 46221/99, 12.5.2005, para. 210 vd

325 Çok sayıda örnek arasından bkz. Hacı Özen/Türkiye, no. 46286/99, 12.4.2007; Kemal Kahraman ve Ali Kahraman/Türkiye, no. 42104/02, 26.4.2007; Bulut/Türkiye, no. 49892/99, 22.11.2005; Kiper/Türkiye, no. 44785/98, 23.05.2006.

326 Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)/İsviçre (no. 2), no. 32772/02, 30.6.2009, para. 89.

327 Claes ve Diğerleri/Belçika, no. 46825/99 vd., 2.6.2005, hüküm fıkrası, 5; Lungoci/Romanya, no. 62710/00, 26.1.2006, hüküm fıkrası, 3 (a). Abelgawad, s. 26.

Etkili bir soruşturma yürütülmediği için soruşturmanın zamanaşımına uğradığı, kovuşturmaya yer olmadığı veya sanığın beraat ettiği ağır insan hakları ihlallerinde durumun ne olacağı bu içtihat sonrasında da nispeten daha belirsizdir. Zamanaşımına uğramamış, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlarda sorun göreceli olarak kolay çözülebilir.

AİHM, uzunca bir dönem usul açısından ihlal bulunan davalarda soruşturmanın ne şekilde yapılması gerektiğine dair hükümete talimat vermesi istemlerini cevapsız bırakmıştır.[328] Ağır insan hakları ihlallerinde bile devam eden bu tutum, haklı olarak eleştirilmiştir.[329] Mahkeme, bu talepleri reddederken, üzerinden yıllar geçmiş olaylarda yeniden yapılacak soruşturmanın yetersiz kalabileceğini de dikkate almıştır.[330] Abuyeva ve Diğerleri davasında ise ilk defa farklı bir sonuca ulaşılmıştır.[331] Abuyeva'da, Mahkemenin daha önceden soruşturmanın eksikliği nedeniyle ihlal bulduğu bir vaka[332] tekrar Strazburg'a taşınmıştır. AİHM, daha önceki kararlardan farklı olarak, iki nedenle soruşturmanın nasıl olacağı konusunda bu olayda özel önlem önerilebileceğini belirtmiştir. Birincisi, aynı konuya ilişkin olarak verilen ve soruşturmanın etkisiz olduğunu saptayan daha önceki AİHM kararı hükümet tarafından açıkça gözardı edilmiştir.[333] İkinci olarak, zaten yürütülen soruşturmada çok fazla bilgi toplanmıştır, eksikliklerin bu aşamada kolayca tamamlanması mümkündür.[334] Bunun sonucu olarak, AİHM'e göre yeni ve bağımsız bir soruşturmanın yürütülmesi zorunludur. Bu soruşturma, AİHM'in bu davada belirttiği koşullara uygun ve bugüne kadar yürütülen

328 Örn bkz. Ülkü Ekinci/Türkiye, no. 27602/95, 16.7.2002, para. 179; Finucane/Birleşik Krallık, no. 29178/95, para. 89; Kukayev/Rusya, no. 29361/02, 15.11.2007, para. 133-34.

329 Philip Leach (2008), "The Chechen Conflict: Analysing the Oversight of the European Court of Human Rights"6 European Human Rights Law Review 759; Kirill Koroteev (2010), 'Legal Remedies for Human Rights Violations in the Armed Conflict in Chechnya: The Approach of the European Court of Human Rights in Context,' 1 (2) Journal of International Humanitarian Legal Studies 275.

330 Musayeva/Rusya, No.. 12703/02, 3.7. 2008, para. 166.

331 Abuyeva ve Diğerleri/Rusya, no. 27065/05, 2.12.2010.

332 Isayeva/Rusya, no. 57950/00, 24.2. 2005.

333 Abuyeva ve Diğerleri/Rusya, para. 241.

334 Abuyeva ve Diğerleri/Rusya, para. 242.

soruşturmadaki eksikliklere ilişkin kararda belirtilen sonuçlara uygun bir şekilde yürütülmelidir.[335]

Abuyeva'da AİHM bir soruşturmanın nasıl yürütüleceğine dair ilk kez bireysel bir önlem önermekle birlikte, bu öneri kararın hüküm fıkrasına girmemiştir. Nihayet Arıcı ve Diğerleri/Türkiye davasında Mahkeme ilk kez bu adımı da atmıştır. Başvurucularının yakınlarının ölümünden davalı Devletin sorumlu bulunduğu davada, AİHM, aynı zamanda etkili soruşturma yapılmamış olması nedeniyle de usuli ödevin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Başvurucular, adil tatmin başlığı altında bir talepte bulunmamıştır. Mahkeme, 46. madde incelemesinde hükümetin başvurucuların yakınlarının hangi koşullarda öldürüldüğüne ışık tutmak için 13 yıldır devam eden soruşturmayı en kısa sürede sonuçlandırması gerektiğine ve başvurucuların zararlarının giderilmesi için gerekli adımların atılmasına karar vermiştir.[336] Aynı ifade kararın hüküm fıkrasında da tekrarlanmıştır.[337] Benzer ve Diğerleri/Türkiye davasında hüküm fıkrasında tekrarlanmamakla birlikte AİHM'in 46. madde kapsamında devam eden soruşturma konusunda yeni adımlar atması gerektiği hatırlatılmıştır.[338] Ne var ki, hala bu tür örneklerin azınlıkta olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. AİHM kararlarının, etkin bir şekilde uygulanması için soruşturmanın etkililiğini sağlayacak önlemlerin daha sistematik uygulanması bir zorunluluktur.[339]

Bu gelişmeyle uyumlu bir şekilde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172. maddesinin 3. fıkrası 6459 sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve "Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır" kuralı getirilmiştir.

---

335 Abuyeva ve Diğerleri/Rusya, para. 243.

336 Nihayet Arıcı ve Diğerleri/Türkiye, no. 24604/04 ve 16855/05, 23.10.2012, para. 176.

337 Nihayet Arıcı ve Diğerleri/Türkiye, hüküm fıkrası 6.

338 Benzer ve Diğerleri/Türkiye, para. 219.

339 Raduletu, bunu sağlama amaçlı olarak pilot karar yönteminin ağır ve yaygın insan hakları ihlallerinde uygulanmasını önermektedir. Bkz. Raduletu, s. 466-467.

Ne var ki, zamanaşımına uğradığı için veya yargılama sonunda beraat kararı verilen durumlarda durum farklıdır. Kesin hüküm (*res judicata*) haline gelmiş bir ulusal kararın ortadan kaldırılması da hukuki güvenlik açısından sorun yaratacaktır. Hatırlanacağı gibi hükümet bu gibi durumlarda yeni soruşturma açılmasının Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal edebileceğini ileri sürmektedir.[340] Bununla birlikte, Bakanlar Komitesi'nin devlet ajanlarının dahil olduğu olaylarda sonradan çıkan deliller nedeniyle, geçen zamanın uzunluğuna bakmaksızın soruşturmaların yeniden canlanması gerektiğini vurguladığı ve buna uygun davranılmayan dosyaları kapatmadığı görülmektedir. Bakanlar Komitesi de 1980 ve 1990lı yıllarda Kuzey İrlanda'da Birleşik Krallık güvenlik güçlerinin faaliyetlerine ilişkin verilen bir dizi AİHM kararının[341] icrası için bireysel önlem olarak soruşturmaların yeniden açılması ve soruşturmaların ilgili kararlarda belirtilen eksikliklerin giderilerek yürütülmesi gerektiğini belirtmiştir. İlk ara karardan itibaren Bakanlar Komitesi, taraf Devletin Sözleşme uyarınca dava konusu olaylarda kullanılan gücün meşru olup olmadığını ortaya çıkarmaya ve sorumluları tespit ve cezalandırmaya uygun bir soruşturma yapma ödevi bulunduğunu belirtmiş ve kararlarda bulunan usuli eksiklikleri giderme konusunda Devletin süregelen bir ödevi olduğunu belirtmiştir.[342] Hükümetin aldığı genel önlemlerin çoğu Komite tarafından yeterli görülmekle birlikte, bireysel önlem olarak etkili soruşturmaya ilişkin girişimlerin eksik kalması halen ilgili dosyanın açık kalmasına neden olmaktadır.[343] Toplam altı vakanın dördünde alınan bireysel önlemler halen yeterli görülmemiştir. Ancak kapatılmasına karar verilen iki bireysel kararda da kovuşturmaya geçilmemiş olması, gerekli özenin gösterilmesinin sorumlular bulunmasa bile yeterli olacağını göstermektedir.[344]

Bakanlar Komitesi, etkili soruşturma eksikliği nedeniyle verilen

340 Bkz. yukarıda 154 nolu dipnot ve ilgili metin.

341 McKerr/BK, no. 28883/95, 04.05.01; Shanaghan/BK, no. 37715/97, 04.05.01; Hugh Jordan/BK, no. 24746/94 04.05.01; Kelly ve Diğerleri/BK, no. 30054/96, 04.05.01; McShane/BK, no. 43290/98, 28.05.02; Finucane/BK, no. 29178/95, 01.07.03.

342 Interim Resolution ResDH(2005)20.

343 CM/Inf/DH(2008)2revised 19 November 2008

344 Finucane ve McShane vakalarında sorumluların yargılanması sonucuna ulaşılmamasına rağmen bireysel önlemlerle ilgili inceleme nihayete ermiştir. Interim Resolution ResDH(2009)44.

diğer 2. ve 3. madde ihlali kararlarında da Taraf Devletlerin etkili soruşturma ödevinin süregelen bir ödev olduğunu tekrarlamıştır.[345] Bununla birlikte, en az bir vakada zamanaşımı nedeniyle soruşturulamayan davalarda alınacak bireysel önlem kalmadığı için dosyanın kapatıldığı görülmektedir.[346]

Association 21 December ve Diğerleri kararında AİHM, 46. maddenin zamanaşımı engelinin ortadan kaldırılması için de kullanılabileceğini göstererek bu konudaki tüm tereddütleri ortadan kaldırmıştır. 46. madde kapsamında yarı pilot niteliğinde verilen bu karar, Romanya hükümetinin Aralık 1989da olan olaylara ilişkin Romanya toplumunun hakikati bilmesinin önemini dikkate alarak, başvuruculaın etkili ceza soruşturmasına ulaşma hakkının zamanaşımı nedeniyle sonlandırması uygulamasına son vermesi gerektiğini belirtmiştir.[347] Her ne kadar, AİHM bunun nasıl gerçekleşmesi gerektiğine dair bir yol önermemişse de zamanaşımı ve af gibi uygulamalarından kaynaklanan etkili soruşturma ihlallerinin ulusal hukukta bir yasayla çözülmesi zorunluluğunun bu karardan çıkarılması mümkündür. Mahkeme, burada sadece ihlali tespit etmekle kalmayıp, taraf Devlete geçmişe ilişkin ağır ihlalleri soruşturma ödevi yüklememektedir. Bunun anlamı şudur; böyle bir düzenleme 7. maddeyi ihlal etmeyeceği gibi 2. ve 3. maddeden çıkan bir zorunluluktur.

E. Değerlendirme

Kitabın birinci bölümünde, zaman bakımından geç yapılan başvuruların hangi koşullarda incelenebileceğini tartışmıştık. İnsan hakları yargısının önüne geç gelen başvurular sadece usul değil esas bakımından da sorunlar yaratmaktadır. Geçmişte işlenen ağır bir suçun yargılanması konusunda temelde iki tür sorun çıktığı görülmektedir. Bunlardan birincisi, bu suçların faili olduğu iddia edilen kişinin, yargılamanın yasallığına ilişkin itirazlarıdır. Bu alanda, uluslararası hukukun açıklığa kavuştuğunu söylemek mümkündür. Eğer eylem tarihinde, suç uluslararası hukuk tarafından düzenlenmiş ve failin bunu öngörebileceği kabul

345 Mammadov (Jalaloglu)/Azerbaycan, Annual Report (2009), s. 100; Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 others/Gürcistan, Annual Report (2011), s. 168.

346 Jasar ve Diğer Benzer Davalar/Makedonya, Annual Report (2011), s. 112.

347 Association 21 Decebmer 1989, para. 194.

edilebiliyorsa, suçun daha sonraki bir ulusal kuralla iç hukuka dahil edilmesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal etmeyecektir. Aynı durumun yargı yoluyla uluslararası hukukun ulusal hukuka dahil edilmesi için de geçerli olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, eğer iç hukukta daha sonra tarif edilen suç eylem tarihinde uluslararası hukukta düzenlenenden daha geniş bir muhtevaya sahipse bu durumda AİHS'in 7. maddesinin ihlal edildiğinden söz edilebilecektir.

Geçmişte işlenmiş suçlarla ilgili ikinci şikayet tipi ise mağdurlar tarafından yapılan şikayetlerdir. Buna göre hakkı ihlal edilen kişi, failin zamanaşımı nedeniyle yargılanmamasından dolayı insan hakları yargısına başvurabilir. Bu durumda, yaşam hakkının veya işkence yasağının usuli bakımdan ihlal edildiği açıktır. Bununla birlikte, insan hakları hukukunun son dönemde sadece bu durumu saptamakla yetinmediği ve fakat aynı zamanda devletlerden bu ihlali ortadan kaldıracak önlemler almasını da beklediğini belirtmek gerekir. Devletin, sistematik olarak devlet ajanları veya onların hoşgörüsü ile işlenen suçları soruşturup, cezalandırmaması ve sonunda mağdurlara sadece belirli bir miktar tazminat ödemesi kabul edilemez bulunduğu için hem AmeİHM ve İHK hem de son dönemde AİHM, bu ihlali giderecek önlemlerin alınması yönünde kararlar almaktadır.

Bunun sonucu olarak; uluslararası hukuk açısından Türkiye'deki ağır insan hakları ihlallerinin soruşturulmasına ve cezalandırılmasına engel olan zamanaşımı engellenin kaldırılması yönünde bir yükümlülük olduğu ifade edilmelidir. Bu uluslararası hukuk kuralının, zamanaşımının da suç ve cezaların yasallığı ilkesine bağlı olduğunu belirten Anayasa'nın 38. maddesi karşısında bir anlamı olup olmadığı kitabın son bölümünde incelenecektir.

3. BÖLÜM

Sunuş

Ağır insan hakları ihlallerinin mağdurlarının yapacakları başvurular bu çalışmanın 1. bölümünde açıklanan gerekçelerle kabul edilebilir bulunsa ve 2. bölümdeki gerekçelerle bu suçların zamanaşımına uğraması nedeniyle uluslararası hukukun ihlal edildiği tespit edilse bile bu durum sorumluların otomatik olarak yargılanması sonucunu doğurmayacaktır. Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suç ve cezaların yasallığı ilkesinin zamanaşımına da uygulanacağı, bir başka deyişle zamanaşımı kurallarının da geri yürümeyeceğine ilişkin kural, uluslararası hukuku ihlal etse bile ağır insan hakları ihlallerinin zamanaşımına uğradıktan sonra tekrar açılamaması gibi bir tehlike içermektedir. Anılan kural şu şekildedir:

"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır."

Bu kuralın, zamanaşımına uğramış ağır insan hakları ihlallerinin ve insanlığa karşı suçların soruşturulmasına engel olup olmadığı farklı olasılıklar açısından değerlendirilebilir. Lakin biz son bölümde, bunun yerine daha önce kaleme aldığımız ancak yayımlamadığımız bir makale ile bu konuyu açıklığa kavuşturmayı uygun buluyoruz. Anılan makale 2010 Anayasa değişikliği tartışmalarında, ağır insan hakları ihlallerinin mağdurlarının savcılıklara yaptıkları başvuruları desteklemek amacıyla yazılmış, avukatlarla paylaşılmış ve fakat yayımlanmamıştı.

Bugün konuyu yeni baştan incelemek yerine bu yazının son bölüm olarak sunulmasının bir kaç nedeni var. Birincisi; 12 Eylül suçlarının yargılanmaması, konuya ilişkin olarak mükemmel bir örnek sunuyor. Dahası soruşturmama ve yargılamamayı gerekçelendiren farklı tezlerin o gün dile getirilmiş olması bu iddianın tartışılmasını bizim açımızdan kolaylaştırıyor. İkincisi, çalışmanın ilk bölümünde gösterildiği üzere, bu yazının yazılmasından sonra AYM 12 Eylül başvurularını reddetmiş bulunuyor. Bu ret kararlarında bu makalede tartıştığımız hukuki değerlendirmelere hiç girilmedi. Bu durumun, AYM'nin yargı pratiğini inceleme açısından iyi bir

imkan sunduğu kanaatindeyiz. Üçüncüsü, 80li yıllarda işlenen suçlara ilişkin bu yazıda yürütülen tartışmanın bu dönemin öncesi ve sonrasına da aynen uygulanma imkanı bulunmaktadır. Geçici 15. madde nedeniyle yargılamanın yapılamayacağına ilişkin tezi çürüten ana tartışma konusu uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluk olduğu için çalışmadaki iddialar tüm geçmiş suçlar açısından uygulanma iddiası taşımaktadır. Ve son olarak, Anayasa değişikliğinden 6 yıl sonra bu değişikliğin asıl amacının 12 Eylül'ü yargılamak olmadığına dair öngörümüzü doğrulamak açısından şimdi bu çalışmayı tekrar gündeme getirmeyi önemli buluyoruz. Yargılanamayanlar sadece cuntanın başındakiler değil, kolektif olarak suçu işleyen binlerce kişi olduğu için konu güncelliğini halen koruyor.

Geçici 15. Maddenin Dayanılmaz Hafifliği

12 Eylül Referandumuna ilişkin yürütülen tartışmalar ilginç bir şekilde Anayasa Mahkemesi ve HSYK ekseninden çıkarak, darbecilerle hesaplaşmayı merkezine aldı. Bunda şüphesiz en önemli rol Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın grup konuşmasında ağlamasıydı. Başbakan 12 Eylül'de idam edilen gençleri hatırlatıp, birinin bıraktığı vasiyetnameyi okuyarak referanduma evet çağrısında bulundu.

Düz bir mantıkla düşündüğümüzde, buradan çıkarılacak sonuç Referandum'dan evet çıkar çıkmaz darbecilerin yargılanacağı. Ama biraz yakından bakınca, niyetin bu olmadığını tahmin etmek hiç de güç değil. Gerçekten de, Meclis'te Geçici 15. madde görüşmeleri yapılırken Geçici 15. maddenin yerine geçmek üzere iki ayrı öneri verildi. CHP'nin önerisi şu şekildeydi:

"Geçici Madde 15:

Anayasa'nın Geçici 3 ncü maddesi ile hukuki varlıkları sona eren 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun ile 2356 sayılı Millî Güvenlik Konseyi Hakkında Kanun'da ifade edilen Millî Güvenlik Konseyi'nin Başkan ve üyeleri hakkında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 309 ncu, 311 nci ve 312 nci maddeleri uyarınca, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250 ve devamı maddelerince görevli adli yargı mercileri tarafından soruşturma açılarak, yargılamaları da bu merciler tarafından yapılır."

BDP grubu ise şu şekilde bir değişiklik önerdi:

"Geçici Madde 15.- 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülebilir ve bu maksatla yargı mercilerine başvurulabilir.

İnsanlığa karşı işlenen suçlarda zamanaşımı hükümleri uygulanmaz."[348]

348 Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 23, C. 68, Yasama Yılı: 4, 96. Birleşim, 27 Nisan 2010, s. 123.

Her iki öneri de iktidar partisi oylarıyla reddedildi. Referandumun merkezine 12 Eylül'de işlenen insanlığa karşı suçları alan bir değişiklik önerisinin hangi gerekçeyle bu değişiklik taleplerini reddettiğini anlamak güç. Nitekim, iktidar partisinin etkili isimlerinin açıklamaları, yargılama konusunda çok da ısrarlı olmayacaklarının açık sinyallerini veriyor. Meclis görüşmeleri sırasında fikri sorulan Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan Kuzu şu ifadeleri kullanıyor:

"Efendim, bu madde zaman aşımını durdurmuştur -bir görüş- dolayısıyla zaman aşımı durduğuna göre yargılanamaz." Bir görüş bu. Cezacıların görüşü. Ben teknik cezacı değilim, sadece yorum yapıyorum, daha doğrusu onların görüşlerini aktarıyorum.

İkinci bir yorum var: "Hayır efendim, bu zaman aşımı durmamıştır. Dolayısıyla, otuz sene dolmuştur, -ne ise, işte kaç seneyse- yargılanamaz." diyen bir görüş var. Bir başka görüş de diyor ki: "Efendim, bu madde bir af maddesidir, yüzde 92 ile kabul edilmiştir, millet 1980'de tamamını affetmiştir." Bir de böyle bir görüş var. Ne olursa olsun psikolojik olarak bu maddenin kalkması bir kazanımdır."[349]

Değişikliğin amacının yargı yolunu açmak olmadığı Adalet Bakanı'nın açıklamalarından da anlaşılabiliyor. TRT-1'de yayımlanan Enine Boyuna programına katılan Adalet Bakanı Sadullah Ergin, 12 Eylül'ü yapanlar yargılanabilecek mi sorusuna "Şu anda yargılanacak ya da yargılanamayacak demek mümkün değil. Yargıda 2+2 = 4 değildir" cevabını veriyor. "Siz bu değişikliği hazırlarken yargılama yapılıp yapılmayacağı konusunda bir fikriniz yok muydu?" sorusunu ise "Bu değişiklikte asıl önemli olan şey anayasadan bu ayıbın kaldırılmasıdır" şeklinde cevaplıyor.

İki yetkili ismin açıklamasından anlıyoruz ki siyasi iktidar, cuntacıların yargılanması için herhangi bir düzenleme yapmayacak, siyasi programını da buna göre kurmayacak. Savcılar dava açmazsa ya da açılan davalar bir şekilde reddedilirse "biz gerekeni yaptık, ama bağımsız yargı bu şekilde karar verdi" diyecek.

Referandum kampanyaları da düşünüldüğünde, bu tavrın ne kadar etik olacağı şüphesiz yoruma açık. Ama iktidarın yargılamama

349 Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 23, C. 68, Yasama Yılı: 4, 96. Birleşim, 27 Nisan 2010.

kararı alırken çok güçlü bir siyasi ve entelektüel desteğe sahip olduğunun da altını çizmek lazım. İşin ilginç yanı iktidara destekleyenlerin de karşı çıkanların da bu konuda fikir birliği etmiş olmaları. Örneğin, Anamuhalefet Partisi Başkanı, değişiklik paketinin 1982 Anayasası ile ilişkili olan tek maddesinin Geçici 15. maddenin kaldırılması olduğunu belirttikten sonra "zamanaşımı nedeniyle 12 Eylül rejiminden sorumlu olanların yargılanmasına olanak bulunmadığından, bu değişiklik uygulamada sembolik kalmaya mahkûmdur" ifadelerini kullanıyor.[350]

Konuya ilişkin teknik bilgi sahibi olanların da görüşü genelde aynı istikamette. 19 Mart 2010 tarihinde Hürriyet gazetesinin görüşünü sorduğu tanınmış hukukçular, ağırlıklı olarak Geçici 15. madde kalksa bile yargılama olamayacağını belirtiyorlar.[351] Bu görüşte olanlar arasında Sabih Kanadoğlu, Hikmet Sami Türk, Ülkü Azrak, Yekta Güngör Özden, Ergun Özbudun, Sami Selçuk ve Vural Savaş da var. Herhangi başka bir konuda ortak görüş belirtmesi çok da mümkün olmayan bu isimlerin gerekçesi iki farklı tezde ifadesini buluyor. Bu tezler, Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan Kuzu'nun konuşmasında belirttiği "Zamanaşımı" ve "Af" tezleri.

Şüphesiz bu tezlere karşı çıkanlar da var. Ne var ki, aşağıda açıklanacağı üzere yargılanamaz tezine karşı çıkanların düşüncesi sayıca az olduğu gibi nitelik olarak da bu iki tezi çürütmek açısından zayıf.

Tüm bu anlatılanlardan yola çıkarak, etik olarak sorunlu olan Geçici 15. madde sonrası yargılamama tercihinin hukuken bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaşılabilir mi?

Biz tartışmanın tamamen yanlış yerden kurulduğu için bu sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı görüşündeyiz. Tam tersine, bir adım daha ileri gidip Geçici 15. maddenin ağır insan hakları ihlallerinin yargılanması konusunda hiçbir rolü olmadığını, bu nedenle yargılamanın hukuksal bir zorunluluk olduğunu iddia edeceğiz. Bu iddiayı netleştirebilmek için tezimizi detaylandırmadan önce yukarıda bahsedilen popüler tezleri biraz daha anlaşılır hale getirmenin zorunlu olduğunu düşünüyoruz. Bunun için önce

350 "Amaçları Sivil Dikta", Hürriyet, 9 Ağustos 2010, http://www.hurriyet.com.tr/gundem/15513365.asp?gid=373.

351 "Hukukçular: Evren Yargılanamaz", Hürriyet 19 Mart 2010, http://www.hurriyet.com.tr/gundem/14155065.asp.

Geçici 15. Maddenin niteliğini açıklayacağız (I). Ardından af ve zamanaşımı tezlerinin hukuksal dayanaklarını inceleyeceğiz (II). Daha sonra, bu tezlerin yanlışlığını ileri süren görüşlerin geçerliliğini inceleyeceğiz (III). Son bölümde ise alternatif olarak sunduğumuz yorum yöntemini ayrıntılandırmaya çalışacağız (IV)

1. Geçici 15. Maddenin Niteliği

Türkiye'de 12 Eylül 1980 sonrasında gerçekleştirilen ağır insan hakları ihlallerinin faillerinin yargılanmasının önündeki temel engel olarak Geçici 15. madde gösteriliyor. Yakın zamana kadar bu maddenin içeriğine bakılmaksızın mutlak bir dokunulmazlık getirdiği düşünülüyordu. Maddenin kaldırılması konusunun gündeme gelmesi ile birlikte farklı görüşlerin dillendirilmesi, maddenin sanıldığı kadar açık bir hüküm getirmediğini gösterdi. Öyle ki konunun uzmanları maddenin bir maddi hukuk kuralı mı yoksa usul hukuku kuralı mı olduğu konusunda dahi farklı görüşler ileri sürdüler.

Çalışmanın sonunda savlayacağımız üzere aslında ağır insan hakları niteliği taşıyan suçlar açısından Geçici 15. maddenin hiçbir hukuksal değeri yoktur. Ancak mevcut tezleri anlayabilmek için bu aşamada Geçici 15. maddenin hukuksal niteliğini irdelemek bir zorunluluk gibi gözükmektedir. Geçici 15. madde metni şu şekildedir:

"12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.

Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır."

Hüküm son derece kötü bir şekilde kaleme alındığı için kuralla tam olarak neyin kast edildiğini anlamak kolay değil. İlk fıkra belirli kuralları saydıktan sonra bunların cezai, mali veya hukuki sorumluluğu olmayacağını belirtiyor. Danışma Meclisi'nin veya

hükümetin cezai sorumluluğu olamayacağına göre aslında ilk fıkra tamamen anlamsızdır. Burada üyelerin kast edildiği düşünülebilir. Esasen maddenin ikinci fıkrası olmasaydı bu sonuca ulaşmak daha zor olabilirdi. Ne var ki bu fıkra kararların uygulanması nedeniyle karar alanlara ve uygulayanlara da birinci fıkranın uygulanacağını belirttiği için hem karar alıcılara hem de uygulayıcılara bir koruma getirdiğini söylenebilir. Bir başka deyişle 12 Eylül 1980 tarihinden, Kasım 1983 sonuna kadar süre içinde Millî Güvenlik Konseyi üyeleri, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümet üyeleri, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisi üyeleri ve bu kurulların aldığı kararları uygulayan diğer kişilerin hukuki sorumluluğu ileri sürülemeyecektir. Konu bakımından kapsamı aşağıda inceleyeceğimiz için burada kişi bakımından kapsamı belirlemeyi yeterli görüyoruz.

Bugüne kadar yürütülen tartışma, hükmün kişi bakımından kapsamına ilişkin değildir. Gündemdeki temel sorun maddenin yargılamaya maddi bir engel mi teşkil ettiği yoksa usuli bir engel mi yarattığıdır. Az sayıda değerlendirmenin bu farka dikkat çektiği görülebiliyor.[352] Kanımızca "ve" edatı maddenin hem maddi bir engel hem de usuli bir engel getirdiği şeklinde yorumlanabilir. Cümlenin ilk yüklemine göre, bu karar ve tasarruflardan dolayı ilgililer hakkında sorumluluk iddiası ileri sürülemez, yani karar alanların ve uygulayanların yaptıkları hukuka uygundur. Bu nedenle hükmün bu kısmı maddi hukuka ilişkindir. Hükme göre ayrıca bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamayacaktır. İlk kural sonrasında gereksiz görülebilirse de bu kısım da usuli bir engel teşkil etmektedir. Bir başka deyişle ilk kural, suçun unsurlarından birine ilişkin iken ikinci kural cezalandırmaya engel olan bir nedendir.

Gerçi mevzuattaki benzer hükümlerin, yaptığımız bu ayrımla uyumlu olmadığı ileri sürülebilir. Örneğin, Cumhurbaşkanı'nın hukuki durumunu düzenleyen ve "sorumluluk ve sorumsuzluk hali" başlığını taşıyan Anayasa'nın 105. maddesinin 2. fıkrası "Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine

352 Örneğin, Eski YARSAV Başkanı ve Yargıtay Savcısı Ömer Faruk Eminağaoğlu şu sözleri bu farka dikkat çekmektedir: "Geçici 15. madde 'sorumsuzluk' olarak yorumlanırsa, ceza sorumluluğu ortadan kalkar, 'dokunulmazlık' olarak yorumlanırsa, zaman aşımı, dokunulmazlığın kalktığı tarihte başlar ve yargılama yapılabilir." Bkz. dipnot 4'te verilen görüşler.

Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz" ifadelerini taşımaktadır. Bu hükmün Cumhurbaşkanı'na tek başına yapacağı işlemler hakkında mutlak bir sorumsuzluk sağladığı konusunda hem ceza hukuku hem anayasa hukuku literatüründe bir mutabakat vardır. Ama bu mutabakatın oluşmasındaki temel neden aynı maddenin üçüncü fıkrasında Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet suçuyla yargılanması için öngörülen özel usuldür. Buradaki temel mantık, vatana ihanet suçundan yargılanmak için özel bir yöntem öngörülmesi karşısında Cumhurbaşkanı'nın diğer görev suçlarından sorumsuz olması gerekeceği şeklindedir. Geçici 15. maddede ise bu yönde bir ayrım yapılmamıştır. Yani tüm görev suçları açısından sorumluluk ileri sürememe ve yargı merciine başvuramama durumu söz konusudur. Buradan yola çıkarak, kural koyucunun abesle iştigal etmeyeceği kuralını göze alarak "ve" edatının hem maddi hem usuli bir engel olduğunu belirtmek için kullanıldığını varsayabiliriz.

Milletvekilli sorumsuzluğunu düzenleyen 83. madde ise "sorumlulukları iddiası ileri sürülemez" yerine "sorumlu tutulamazlar" formülünü tercih etmiştir. Biz burada da önemli bir anlam farkı olmadığını düşünüyoruz.[353] Şüphesiz, kural koyucunun kalıp birliğini gözetmesi yerinde olurdu. Bununla birlikte, sorumluluğu ileri sürülemeyen kişinin sorumlu tutulamayacağı da açıktır.

Bu saptama iki açıdan önemlidir. Birincisi, yargılamanın olamayacağını söyleyen iki farklı tez aslında bu ayrıma dayanmaktadır. Geçici 15. maddenin gizli bir af hükmü olduğunu söyleyenler maddi bir ceza hukuku kuralından bahsederken, suçların zamanaşımına uğradığını iddia edenler ortada bir suçun olduğunu ama usuli bir engel nedeniyle kovuşturma yapılamadığı için zamanaşımına uğradığını ileri sürmektedirler.

353 Geçici 15. madde formülü, bir başka sorunlu hükümde aynen tekrar edilmektedir. 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. maddesine göre "Bu Kanun Hükmünde Kararname ile İçişleri Bakanına, Olağanüstü Hal Bölge Valisine ve olağanüstü hal bölgesi dahilindeki il valilerine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili her türlü karar ve tasarruflarından dolayı bunlar hakkında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz". Bu makalede ileri sürdüğümüz görüşler, Geçici 15. madde ile tamamen aynı mantığa dayalı olarak yazılmış bu hüküm açısından da aynen geçerlidir.

Ayrımın önemli bir boyutu daha vardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, suç ve cezaların geri yürümezliğine ilişkin Sözleşme'nin 7. maddesinin, hemen uygulanabilir nitelikte olan usul kurallarını kapsamadığını düşünmektedir.[354] Bu nedenle, Mahkemeye göre zamanaşımı süresi dolmadan sürenin uzatılması evrensel bir hukuk kuralı olan *nullum crimen, nulla poena sine lege*'yi ihlal etmez.[355] Bununla birlikte aşağıda açıklanacağı üzere 1982 Anayasası, zamanaşımı açısından da aynı ilkenin uygulanacağını belirtmektedir.

354 Türk hukukunda zamanaşımının muhakeme hukukuna mı yoksa maddi ceza hukukuna mı ait bir kurum olduğu tartışmalıdır. Burada, tartışmaya girmeyi gerekli görmüyoruz. Bkz. Timur Demirbaş (2009), Ceza Hukuku-Genel Hükümler (6. Baskı), (Ankara: Seçkin), s. 681-682.

355 *Coëme ve Diğerleri/Belçika*, no. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, ECHR 2000-VII, para. 149.

2. Yargılama Yapılamaz Tezleri

A. Af Tezi

Geçici 15. maddenin bir af maddesi olduğunu savunan hukukçuların başında Sami Selçuk geliyor. Vatan Gazetesi'nden Mine Şenocaklı'ya verdiği iki ayrı mülakatta[356] Prof. Dr. Selçuk şu görüşleri ileri sürüyor:

"Geçici 15. Madde, bir kere ceza davası açamazsınız diyor. O kesin. Çünkü bu madde bir af normudur. Yani bir devlet düşünün, sizi affedecek ama 2 ya da 20 yıl sonra diyecek ki, "Yanılmışım affı kaldırıyorum. Seni yargılayacak ve suçun kanıtlanırsa cezalandıracağım!" Böyle bir şey olmaz. Çünkü yasa geçmişe yürümez. Yasallaşan metin hukuk açısından eylemleri suç olmaktan çıkardı. Eylemler durur ama af normu siler onları. Der ki, "Hukuk dünyasında suç olarak yoksun!"

"15. Madde'yi kaldırsanız da 12 Eylül'ü yargılayamazsınız. 15. Madde'yi dikkatle okursanız, af sözcüğünün kullanılmadığı bir af yasasıdır. Hatta af yasasından da daha ileri gitmiştir. Niye? Çünkü af yasası sadece ceza hukukuyla sınırlı çıkar. Bu yasa ise idari ve özel hukukla ilgili olan bütün sorumlulukları ortadan kaldırmıştır. Bir devlet düşünün, önce affedecek, aradan 30 yıl geçtikten sonra, "Yanılmışım, aftan vazgeçtim" diyecek. Bu gayri ciddiliktir... Devlet bir af çıkarttı, sizi affetti diyelim. Aradan 1 yıl geçtikten sonra, "Ben pişman oldum, gel bakalım geri" diyemez. Böyle bir şey olur mu! Devlet, devlet olmaktan çıkar o zaman. O devlete güvenebilir misiniz? Öyle, arka düşünceli hukuk olmaz. Yasalar gelecek için yapılırlar; geçmişe yürümezler."

356 "Neden 'evet' diyemiyorum", Vatan Gazetesi, 02.08.2010, http://w9.gazetevatan.com/haberdetay.asp?detay=neden-evet-diyemiyorum&tarih=03.08.2010&Newsid=320751&Categoryid=1; "Güç Gösterisi Yanlış", Vatan Gazetesi 01,03,2010, http://w9.gazetevatan.com/haberdetay.asp?detay=12_Eylul_asla_yargilanamaz_ama_28_Subat_yargilanabilir&tarih=03.08.2010&Newsid=290419&Categoryid=1.

Prof. Selçuk diğer hukukçuların görüşleri ile ilgili olarak da şu görüşleri ileri sürüyor:

[...]Efendim, geçmişte kimi savcılar dava açmıştı da, bu zamanaşımını keser de, bu laflar da saçma sapan. Dava açılamayacak bir konuda ben dava açacağım, bu da zamanaşımını kesecek. Yoklukla sakat işlemler hukuksal sonuç doğurmaz. O davayı açan savcıyı rastgele dinledim. Kendinden menkul hukuk kavramları icat ediyor. Kimse hukuk kavramı icat etmeye kalkmasın. Bu saçma sapan şeylerle halkı oyalamasın, uğraştırmasın.

[...] Boş laf onlar. O savcı, önce yasaları iyi okusun. Ne anlama geldiğini de iyi kavrasın.[357]

İnternet'te yayımlanan ve Prof. Dr. Süheyl Batum'a ait olduğu belirtilen bir metinde[358] de benzer bir görüş ifade ediliyor:

"[G]eçici 15. Madde bir tür sorumsuzluk getirmiş. Bu "dokunulmazlıktan" farklı bir düzenleme. Yani o dönemde yetki kullananların sorumsuz olduklarını söylüyor. Bir anlamda **"genel af"** gibi, tüm sonuçları yani cezayı kaldıran bir düzenleme."[359]

---

357 Burada entelektüel hayatımızda sıklıkla karşılaştığımız bir sorunu not etmeden geçemeyeceğiz. Prof. Selçuk bir bilim insanı olarak hakikate ilişkin bir açıklama yapıyor. Ancak bunu yaparken tezini destekleyecek verileri sunmakla yetinmiyor; karşı görüşte olanları, yukarıdan bir bakışla, "yasa okumayı bilmemekle", "kendinden menkul hukuk kavramları icat etmek"le itham ediyor. Akademide çok yaygın olan bu yaklaşım tarzının nedenini bilmemekle birlikte, tartışma ortamını tahrip edici niteliği nedeniyle hoş görülmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Bununla birlikte, Profesör Selçuk'un açıklaması ile ilgili bir hususun daha altının çizilmesi zorunlu gözüküyor. Eğer burada mutlaka bir bilgi eksikliğinden söz edilecekse; bu eksiklik ağır insan hakları ihlalleri karşısında çıkarılan afların geçerliliğine ilişkin, çok küçük bir kısmı hakkında aşağıda bilgi verilen, onbinlerce sayfalık literatüre ilişkin habersizliktir.

358 Söz konusu metne birçok İnternet sitesinde ve e-posta grubunda rastlanmakla birlikte asıl yayımlandığı yer tespit edilememiştir. Prof. Batum'un metnin kendisine ait olmadığına dair bir açıklamasına rastlanmamakla birlikte, İnternet'te yayımlanan bilgilere itiyatlı yaklaşmakta fayda bulunmaktadır.

359 http://www.nethaber.com/Yazarlar/156674/Anayasa-degisikliklerine-HAYIR-oyu-verecek

B. Zamanaşımı Tezi

Daha popüler olan ama gerekçeleri açıkça belirtilmeyen ikinci tez, zamanaşımı tezidir. Örneğin Eski Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk "Ayrıca 1982 Anayasası yürürlüğe girdiği dönemde en yüksek zamanaşımı süresi 20 yıldı. Şimdi ise 30 yıl. Bu nedenle zamanaşımı bakımından da yargılama mümkün değil"[360] derken, bu kişilerin sorumsuzluğu söz konusu olmasa bile artık zamanaşımının dava ilişkisini düşürdüğünü ve yargılama yapılamayacağını belirtmektedir. Daha önce bu görüşün başka hukukçular tarafından ileri sürüldüğü de bilinmektedir.[361]

360 Bkz. 4 nolu dipnottaki görüşler.

361 "Prof. Dr. Ergun Özbudun, yeni anayasada 12 Eylül askeri darbesi sorumluları hakkında yargılamayı engelleyen maddenin kaldırılacağını, ancak 'suç işlenmişse zaman aşımına uğrayacağını' söyledi". "12 Eylül'e Yargı Yolu", Milliyet, 24 Ağustos 2007.

3. Anti Tezler

A. Zamanaşımı

Zamanaşımı tezine karşı çıkanlar bu tezi çürütmek için önce Geçici 15. maddenin bir dokunulmazlık getirdiğini varsaymakta, ardından da dokunulmazlığın süreye bağlı olduğunu belirtmektedirler. Örneğin, 12 Eylül darbesinin liderlerini yargılamak istediği için meslekten ihraç edilen eski Adana savcısı Sacit Kayasu "Hukukta temel yaklaşım budur. Bir tür dokunulmazlık varsa, o dokunulmazlık süresince zamanaşımı süresi işlemez. Zamanaşımı tartışmaları yersiz" diyor.[362] Prof. Dr. Mustafa Erdoğan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 67. maddesinde yer alan "Soruşturma ve kovuşturma yapılmasının izin veya karar alınması(na)... bağlı bulunduğu hallerde, izin veya kararın alınmasına... kadar dava zamanaşımı durur" hükmünün uygulanarak zamanaşımı sorunun aşılabileceğini düşünmektedir.[363] Benzer bir görüşü paylaşanlar da yargılamanın mümkün olmadığı dönemde zamanaşımının işlemeyeceğini ileri sürmektedir.

İyi niyetli bu görüşleri savunmanın zor olduğunu düşünüyoruz. Birincisi, Geçici 15. madde soruşturmayı izne tabi tutmamakta, tam tersine sorumluluğun ileri sürülemeyeceğine ve dahi hiçbir yargı makamına başvurulamayacağını söylemektedir. Dahası Anayasa'da dokunulmazlığın düzenlendiği 83. maddede, milletvekilliğinin devam ettiği süreçte hangi işlemlerin yapılamayacağı açıkça yazıldığı gibi milletvekilliği süresince zamanaşımının işlemeyeceği de açıkça ifade edilmiştir. İddia edildiği gibi burada bir dokunulmazlık veya izin gibi bir dokunulmazlık koşulu olsaydı bu dokunulmazlığının koşullarının da açıkça dile getirilmesi gerekirdi. Kaldı ki, fiili veya hukuki engelle ilgili söylendiği gibi genel bir kural da yoktur. Örneğin, görev suçlarında izin vermeye yetkili mercii izin vermediği takdirde zamanaşımı süresinin işlemeyeceğini ileri sürmek mümkün değildir.

362 "Avukat Kayasu: Darbecileri Yargılamakta Zamanaşımı Yok", Bianet, 18 Mart 2010, <http://bianet.org/bianet/siyaset/120746-avukat-kayasu-darbecileri-yargilamakta-zamanasimi-yok>

363 Mustafa Erdoğan, "12 Eylülcüler Yargılanabilir mi?", Star Gazetesi, 24.07.2010.

Hukuk devleti ilkesini açıkça ihlal eden bir başka kural söylediklerimizi doğrulamaktadır. 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. maddesine göre "Bu Kanun Hükmünde Kararname ile İçişleri Bakanına, Olağanüstü Hal Bölge Valisine ve olağanüstü hal bölgesi dahilindeki il valilerine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili her türlü karar ve tasarruflarından dolayı bunlar hakkında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz". Geçici 15. madde formülünü uygulayan bu hükümde de görev süresince zamanaşımının işlemeyeceği gibi bir kural bulunmadığı gibi bu iddiayla yürütülen hiçbir cezai soruşturma yoktur.

Anti-zamanaşımı tezinin bir diğer kolu sorunu insanlığa karşı suçlarla ilişkilendirmektedir. Örneğin, emekli askeri hakim Ümit Kardaş "Her ne kadar eski TCK döneminde işkenceye zamanaşımı öngörülmüşse de uluslararası hukukta 'insanlığa karşı suç' kategorisindeki suçların zamanaşımından düşmeyeceği yönünde de bir görüş var" ifadelerini kullanmaktadır.[364]

Sıklıkla dile getirilen bu görüşün önemini aşağıda belirteceğiz. Ancak bu görüşü dile getirenler bir hakimin neye dayanarak bu kuralı uygulayacağını açıklamamaktadır. Türkiye'nin taraf olduğu herhangi bir uluslararası antlaşmada insanlığa karşı suçların zamanaşımına tabi olmayacağı söylenmediği[365] gibi aşağıda açıklaması yapılan Anayasa'nın açık geri yürümezlik kurallarının nasıl olup da böyle soyut bir iddia ile çürütüleceği açıklanmamaktadır. Her ne kadar, 2005 yılında yürürlüğe giren Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesinin 4. fıkrası insanlığa karşı işlenen suçlarda zamanaşımının işlemeyeceğini belirtmişse de Anayasa'nın suç ve ceza zamanaşımı konusunda da geri yürümezlik ilkesinin uygulanacağını söyleyen 38. maddesi karşısında 2005 yılında çıkarılmış olan Kanun'un 25 yıl öncesine nasıl uygulanacağı da bu tezi ileri sürenler tarafından cevaplandırılmamıştır.

---

364 Kemal Göktaş, "12 Eylülcüler Yargılanacak mı?", Vatan, 22.7.2010.

365 Türkiye konuyla ilgili iki önemli Sözleşmeye de taraf değildir. Bkz. Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, ve European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations toWar Crimes and Crimes Against Humanity (1974).

B. Af Tezi

Af tezine ilişkin tartışmaların zamanaşımına ilişkin yürütülenlerden daha sınırlı olduğu görülüyor. İlgi çeken bir anti-tez işlenmemiş suça ilişkin af çıkarılıp çıkarılamayacağına ilişkindir. Gerçekten de, Mustafa Şentop haklı olarak sadece çıktığı tarihten önceki suçlara değil Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadarki dönemdeki suçlara da uygulanacağına dikkat çekerek "bir af kanunu yürürlük tarihinden sonraki fiilleri için af hükmü getiremez" diyor.[366]

Bu eleştiri yerinde olmakla birlikte, Geçici 15. maddenin iddia edilen gücünü bertaraf etmeye yeterli değildir. Af kavramını ortaya atanlar söz konusu kurala bir sıfat bulamadıklarından bu kavramı kullanmayı tercih etmişler, ancak Geçici 15. maddenin ikili niteliğini dikkate almamışlardır. Geçici 15. madde; yürürlüğe girdiği tarih öncesine ilişkin olarak bir af niteliği taşımakla birlikte, yürürlüğe girdikten sonraki dönem için bir hukuka uygunluk sebebi niteliğinde görülebilir. Gerçekten de, yukarıda sözü edilen 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. maddesi tamamen geleceğe yönelik olarak düzenlenmiştir ve cezai sorumluluğunu kaldırmayı hedeflemektedir.

Hukuka uygunluk sebepleri Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte burada sayılan nedenler tahdidi değildir. Yasa koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak koşulu[367] ile başka hukuka uygunluk sebepleri düzenlemesi mümkündür. O halde benzer bir durumun Anayasa koyucu açısından evleviyetle geçerli olduğu varsayılabilir. Bu durumda, Geçici 15. maddesi referandum sonucunun Resmi Gazete'de yayımlandığı 9.11.1982 tarihi öncesi için bir af hükmüne benzetilebilir. Bu tarihten ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre için ise bir hukuka uygunluk sebebi niteliği taşıyacaktır.

---

366 Mustafa Şentop, "Geçici 15. madde kalkarsa darbecilere yargı yolu açılır", <http://www.dunyabulteni.net/author_article_detail.php?id=14108>

367 430 sayılı KHK'nın 8. maddesi Anayasa'ya aykırıdır. Dahası kurucu ilkelere aykırı olduğu için ratione matiaere açısından bir Olağanüstü Hal KHKsı olarak sayılması mümkün değildir ve AYM tarafından incelenip, iptal edilmesi gerekir.

4. Soruna Sistematik Yorum Yöntemiyle Bakmak

Buraya kadar söylediklerimizden bizim de ağır insan hakları ihlallerinden dolayı sorumluların yargılanamayacağı sonucuna ulaştığımız düşünülebilir. Oysa biz sorumluların yargılanmaları konusunda bir takdiri tercihin söz konusu olamayacağını, sorumluların yargılanmalarının hukuksal bir zorunluluk olduğunu düşünüyoruz. Bununla birlikte, diğer görüşlerden farklı olarak bu sonuca Geçici 15. maddenin üzerinden ulaşmanın mümkün olmadığını aksine sadece Geçici 15. madde yorumundan hareket edildiğinde kaçınılmaz olarak sorumsuzluk noktasına sürüklenileceğini ileri sürüyoruz.

Kanımızca, sorunun çözümü ancak kuralların sistematik bir bütünlük içinde yorumlanması ile aşılabilir. Çeşitli hukuk gelenekleri içerisinde ileri sürülmüş olan hukuku bir bütün olarak yorumlama gereği[368] Türkiye'de de son dönem Anayasa Mahkemesi tartışmaları ışığında Savigny'e atıfla Prof. Dr. Fazıl Sağlam tarafından dile getirilmiştir.[369] AİHM de son dönemde verdiği kararlarda, Sözleşmenin bir bütün olarak okunması ve çeşitli hükümleri arasında iç tutarlılık ve uyum içinde yorumlanması gerektiğine karar vermektedir.[370] Anayasa Mahkemesi'nin de bu yöntemi yakın tarihli kararları ile benimsediği görülmektedir.[371]

Geçici 15. maddenin yarattığı tartışmalar, bütünlükçü bir sistem yorumunun temel hakların korunması için neden hayati bir nitelik taşıdığını somut olarak ortaya koymaktadır. Öyle ki, bu sistematik

368 Modern hukuk felsefesinde bu ekolün en güçlü temsilcisi Ronald Dworkin'dir. Dworkin'in bu konudaki temel önermesi Law's Empire kitabında bulunabilir. R. Dworkin, *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986.

369 Fazıl Sağlam, "Anayasa Mahkemesi'ne Saldırı –II", Cumhuriyet, 27 Temmuz 2008.

370 Stec ve Diğerleri/Birleşik Krallık (kab. ed. kar.) [BD], no. 65731/01 ve 65900/01, para 48, ECHR 2005-X; Saadi/Birleşik Krallık, no. 13229/03, 29.1.2008, para. 62; Demir ve Baykara/Türkiye, no. 34503/97, 12.11.2008, para. 66; Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, no. 25965/04, 7.1.2010, para. 274.

371 Bkz. Aşağıda dipnot 28-29 ve ilişkili metin.

yorum yapıldığı takdirde aslında Geçici 15. madde kalkmasa bile ağır insan hakları ihlalini gerçekleştirenlerin yargılanmasının bir zorunluluk olacağı görülecektir. Hatta Geçici 15. maddenin bu tartışmanın parçası olması bile anlamsızdır.

Biz yine de tezimizi daha anlaşılabilir kılmak için önce Geçici 15. maddenin kaldırıldığı bir senaryoyu işleyeceğiz. Ardından Geçici 15. maddenin ulaştığımız sonucu değiştirip değiştirmeyeceğini tartışacağız.

A. Sistematik Bütünlük

Geçici 15. madde 12 Eylül referandumu ile kaldırılmış, ardından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak bir an için cuntacıların ağır insan hakları ihlallerinden dolayı yargılanmalarını düzenleyen yeni bir yasanın çıkarıldığını varsayalım.[372] Bu durumda af + hukuka uygunluk sebebi tezini savunanlar ve zamanaşımı tezini savunanların farklı kurallara dayanarak böyle bir yasanın Anayasa'ya aykırı olacağını ileri sürmelerini bekleyebiliriz. Gerçekten de Anayasa'nın 38. maddesinin ilk iki fıkrası şu şekildedir:

"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır."

Bu hükümler dikkate alındığında Geçici 15. maddenin kaldırılması sonrasında, geriye yönelik olarak suç yaratılması veya zamanaşımı süresinin uzatılması mümkün olmayacaktır. Bu hükümlerin varlık sebebi hukuki güvenlik ilkesidir. Vatandaşları, devletin keyfi düzenlemelerle, işlendiği tarihte suç olmayan davranışlardan dolayı yaptırıma başvurmasını karşı korumayı hedeflemektedir. 38. maddenin ilk bölümü evrensel bir hukuk kuralına vücut vermekle birlikte zamanaşımı ile ilgili olarak aynısı söylenemez. Bununla birlikte, mademki Anayasa zamanaşımı konusunda aynı kuralın uygulanacağını söylemiştir, zamanaşımı konusunda da geri yürümezliği kabul etmek gerekir.[373]

372 Yukarıda belirtildiği gibi muhalefet partilerinin önerileri bunu hedeflemekteydi.

373 AİHM, zamanaşımı dolmadan önce zamanaşımı süresinin uzatılması halinde AİHS'nin ihlal edilmeyeceğini düşünmektedir. Bkz. yukarıda dn. 9.

Ancak bu iddianın kabul edilmesi halinde ortaya şöyle bir sonuç çıkacaktır: Mezalim ne düzeyde olursa olsun, eylemler ne kadar insanlık dışı olursa olsun darbeyi yapanlar kendi yaptıkları Anayasa ile sorumsuzluk elde etmişlerdir, yargılanamazlar. Tüm bu vahşeti kabulün gerekçesi ise hukuki belirlilik ilkesi ve onun Anayasal ifadesi olan 38. maddenin ihlal edilemeyeceğidir.

Oysa temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından çok haklı gerekçelerle eleştirilmiş 1982 Anayasası bile bu absürt sonucu reddetmeyi mümkün kılan bir sistematik yoruma olanak sunmaktadır. Türkiye'de hukukun sistematik bütünsel bir yorumu; yukarıda bahsedilen tezi ileri sürenlerin düşündüğünün aksine, sıkıyönetim döneminde gerçekleşen ağır insan hakları ihlallerine ilişkin olarak, elimizde tek bir kural ve ilke olmadığını, birden fazla kural ve ilke bulunduğunu ve daha önemlisi bunlar birbiri ile çeliştiği için aralarında bir tercih yapılmasının zorunlu olduğunu göstermektedir.

Gerçekten de Geçici 15. maddenin olmadığı bir Anayasada 38. maddenin yanında 15. maddeye bakmak da bir zorunluluk olacaktır. 15. maddenin birinci fıkrasına göre "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir".

15. madde olağanüstü kimi koşullarda normal temel haklar ve özgürlükler rejiminin terk edilebileceğini ve temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabileceğini ancak alınacak bu önlemlerin milletlerarası hukuka aykırı olamayacağını düzenlemektedir.

Bu durumda, milletlerarası hukuk ağır insan hakları ihlallerinin soruşturulup cezalandırılmasını zorunlu kılıyorsa[374] olağanüstü durumlarda bazı temel hak ve özgürlüklere ilişkin ağır önlemler alınabilse bile ağır insan hakları ihlali gerçekleştirenlerin yargılanmaması yoluna gidilemez. Bu suçlar uluslararası hukukta zamanaşımına tabi olmadığına göre dava zamanaşımının dolduğunun ileri sürülmesi de mümkün değildir. Bir başka deyişle, eğer ağır insan hakları ihlallerinin faillerinin sorumsuz kılınması uluslararası hukuku ihlal ediyorsa, darbecilerin ağır insan hakları ihlallerinden dolayı yargılanmaması açık bir şekilde 15. maddeye aykırılık oluşturacaktır.

O halde, ağır insan hakları ihlallerinin yargılanması sorunu Anayasa kuralları arasında açık bir çelişkiye yol açmaktadır. Eğer yargılama yapılamaz tezlerinin varsayımları kabul edilirse yargılama 38. maddeye aykırı olacak ancak yargılama yapılmazsa 15. maddenin yaptığı yollama uyarınca uluslararası hukuk ihlal edildiği için bu karar 15. maddeye aykırı olacaktır. Bu çelişkiyi aşmanın birkaç yolu söz konusu olabilir.[375]

---

374 Bu yönde çok sayıda ulusal ve uluslararası yargı kararının yanında, bu yükümlülükleri kodifiye etmeyi hedefleyen Birleşmiş Milletler metinleri hatırlatılmalıdır. Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilen ve Genel Kurul tarafından da onaylanan Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarının Giderim ve Onarım Hakkına İlişkin Temel ve Rehber İlkeler (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, A/RES/60/147, 21.3.2006) ve Dokunulumazlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesi Hakkında Güncellenmiş İlkeleri Bütünü (Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1 8 February 2005)

375 Pinochet'nin Anayasa'nın bir parçası haline getirdiği Af Yasası'nın geçerliliğini ve zamanaşımı nedeniyle yargılamaya engel olup olmayacağını tartışan Şili Yüksek Mahkemesi, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin Anayasa dahil tüm ulusal hukuk kurallarının üstünde olduğuna karar vermiştir. Juan Contreras Sepulveda y otros (crimen) casacion fondo y forma, Corte Suprema, 517/2004, Resolucion 22267den aktaran Fannie Lafontaine (2005), "No Amnesty or Statute of Limitation for Enforced Disappearances: The Sandoval Case before the Supreme Court of Chile", 3 Journal of International Criminal Justice 469, 471. Ayrıca bkz. Cath Collins (2010), "Human Rights Trials in Chile during and after the 'Pinochet Years'", 4 The International Journal of Transitional Justice 67.

1. Özellik-Genellik

Her iki hüküm (15 ve 38. maddeler) aynı tarihte kurallaştığına göre bunlar arasında öncelik-sonralık ilişkisinden söz etmek mümkün değildir. Ne var ki, iki hüküm arasında özellik-genellik ilişkisi kurmak mümkündür. 38. madde her halde uygulanacak genel bir kuralı düzenlerken, 15. madde özel koşullarda uygulanacak kuralları düzenlemektedir. Bu durumda özel kuralın bulunduğu durumda genel kuralın uygulanamayacağı ilkesi (*lex specialis derogat legi generali)* geçerli olacaktır.

Milletlerarası hukuk yollaması burada daha da büyük bir önem kazanmaktadır. Bir kere milletlerarası hukuk burada özele karşı da özel bir nitelik taşımaktadır. Gerçekten de 15. maddeye göre, olağanüstü hallerde temel haklar rejimine istisna getirilerek Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilecektir. Ancak bu istisnanın da istisnası vardır, o da milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerdir. Bir başka deyişle, 15. madde yollaması nedeniyle milletlerarası hukuk istisnanın da istisnasını oluşturmaktadır. Bu niteliği itibariyle de, Anayasa üstü bir nitelik kazanmaktadır. İkinci olarak, Anayasa'nın 90. maddesinden farklı olarak burada yollama sadece milletlerarası antlaşmalara değil ve fakat milletlerarası hukuka yapılmıştır. Bu husus önemlidir, çünkü Türkiye'nin taraf olduğu herhangi bir antlaşmada söz konusu suçların yargılanma gerekliliği belirtilmemiş olsa bile eğer davranışın uluslararası teamül hukuku kuralları uyarınca cezalandırılması gerekiyorsa Türkiye bunu yapmaktan kaçınamaz. Daha somutlaştırırsak, darbe sonrası dönemde insanlığa karşı suçların ve/veya ağır insan hakları ihlallerinin cezalandırılması gereği uluslararası bir teamül kuralı haline gelmişse, sözleşmelerde yer almadığı için bu kurala aykırı hareket etme imkanı olmayacaktır. Aynı şekilde, bu suçların zamanaşımına tabi olamayacağı suçun işlendiği tarihte uluslararası hukuk tarafından kabul edilmişse Anayasa'daki zamanaşımı kuralına başvurularak yargılamanın önü kapatılamayacaktır.

Hal böyleyken, milletlerarası hukukun ağır insan hakları ihlali faillerinin yargılanması yönündeki kuralına aykırı bir şekilde genel nitelikli 38. maddenin uygulanabileceğini söylemenin mümkün olmadığı açıktır.

2. İlkeler-Kurallar

Anayasa Mahkemesi, 2008 yılında, 1982 Anayasası döneminde ilk kez bir Anayasa değişikliğini esas bakımından inceleyerek iptal etmiştir. Yüce Mahkeme, aynı içtihadı 2010 yılı Anayasa değişiklikleri için de tekrar etti. Özünde doğru bulmakla birlikte, uygulamasını sorunlu gördüğümüz bu kararların ayrıntılarına burada girmeyeceğiz. Sadece şunu belirtmiş olalım; Anayasa Mahkemesi bu kararları ile hukuku bütün bir sistem olarak kabul etmiş ve kurucu ilkeleri anlamsız kılacak değişikliklerin iptal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.[376]

Yeni bir kural Anayasa'nın kurucu (değiştirilemez) ilkelerine aykırı olamayacağına, aykırı olması halinde iptal yaptırımıyla karşılaşacağına göre mevcut kuralların yorumunun da benzer bir sonuç vermesi gerekmez mi? Eğer Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği gibi "Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzen"[377] ise mevcut Anayasa hükümleri değişiklik hükümlerinden farklı olarak iptal edilememekle birlikte, sistematik yorum yönteminin mevcut hükümlere doğru anlam vermek için de kullanılması bir zorunluluk haline gelecektir. Yani, Anayasa'nın mevcut hükümleri 2. maddede gösterilen kurucu ilkelere en uygun şekilde anlamlandırılmalıdır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerini iptal kararlarında bu yöntemi laiklik ve hukuk devleti ilkeleri için uygulamıştır.[378] Ancak şüphesiz

376 Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı ifade şu şekildedir: "Anayasa değişikliklerinin yukarıda belirtilen Anayasa normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasanın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerekir." (abç). AYM, E. 2008/16, K. 2008/116, k.t. 5.6.2008, RG. 22.10.2008-27032. Aynı ifade Mahkeme'nin son Anayasa Değişiklik Paketi'ne ilişkin kararında da tekrarlanmıştır. Bkz. AYM, E. 2010/49, K. 2010/87, RG: 1.8.2010 Mük.-27659. Mahkeme'nin 1961 Anayasası döneminde verdiği benzer kararlar için bkz. 16.6.1970 günlü ve E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı, 13.4.1971 günlü ve E.1971/41, K. 1971/37 sayılı, 15.4.1975 günlü ve E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı, 23.3.1976 günlü ve E. 1975/167, K. 1976/19 sayılı, 12.10.1976 tarih ve E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı, 27.1.1977 günlü ve E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı cd 27.9.1977 günlü ve E. 1977/82, K. 1977/117 sayılı kararlar.

377 AYM, E. 2008/16, K. 2008/116, k.t. 5.6.2008, RG. 22.10.2008-27032 (abç).

378 Laiklikle ilgili olarak AYM, E. 2008/16, K. 2008/116, k.t. 5.6.2008, RG. 22.10.2008-27032; hukuk devleti ile ilgili olarak AYM, E. 2010/49, K. 2010/87, RG: 1.8.2010 Mük.-27659.

diğer kurucu ilkelerin de Anayasa hükümlerinin yorumlanmasında aynı şekilde dikkate alınması gerekir. Anayasa'nın değiştirilemez nitelikteki 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına saygılı, sosyal bir hukuk Devletidir.

O halde, 15. ve 38. maddeler arasındaki çelişkinin bu kurucu ilkeye uygun bir şekilde çözülmesi gerekir. Sistematik işkence ve yaşam hakkı ihlallerinin yaşandığı bir dönemin sorumsuzluk zırhına bürünmesinin insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde kabul edilmesi imkansızdır. Dahası böylesi bir tercihin yapılması halinde; tam da Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği gibi bu kavramların "içeriklerinin boşaltılarak anlamsız hâle getiril[mesi]"[379] sonucu doğacak, bir başka deyişle değiştirilemez bir ilkeyi değiştirmiş olacaktır. Söz konusu suçlar açısından zamanaşımı söz konusu olamayacağına göre 38. maddenin 2. fıkrası da uygulanma ihtimalini yitirecektir.

3. İki Temel İlkenin Çatışması

Buraya kadar, çatışmanın bir kurucu temel ilke ile bir kural arasında ortaya çıktığını varsaydık. Ama yargılamama tezini savunanlar bunun doğru olmadığını, aslında 38. maddenin de temel bir ilkenin yansıması olduğunu ileri sürebilirler. Gerçekten de, suç ve cezaların geri yürümezliğini düzenleyen hukuki güvenlik ilkesi, insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesinin en somut yansımasıdır. AİHM de, AİHS'nin 7. maddesinde yer alan geri yürüme yasağının hukukun üstünlüğünün temel bir unsuru olduğunu kabul etmektedir.[380] İnsan haklarına önem verirken hukuki güvenlik ilkesini hiçe saydığımız ve bu nedenle keyfi davrandığımız ileri sürülebilir mi?

Öncelikle, söz konusu denklemi doğru kurmak açısından karşılaştırdığımız ilkeleri somutlaştırmakta fayda vardır. Bir yanda ağır insan hakları ihlalinin faillerinin kendilerini temize çıkarmak için çıkardıkları kurala dayanarak ileri sürülen bir hukuki güvenlik ilkesi, öte yandan ise büyük kitleleri etkileyen ağır hak ihlalleri vardı. Böyle bir durumda, failleri yargılamak gerçekten Prof. Selçuk'un dediği gibi hukukun olmadığı anlamına mı gelir?

İnsanlık tarihinin yakın örnekleri bu tezin fazla iddialı olduğunu ortaya koymaktadır. II. Dünya Savaşı sonrasında Nazi suçlarının

379 Dipnot 30'da anılan kararlar.

380 S.W. v. the United Kingdom, 22.11.1995, para. 34.

yargılanmasının mümkün olup olmadığını değerlendiren pozitivist Radbruch, bir hukuk sisteminin kabul edilebilir asgari sınırlarını çizme gereği duymuştur. Radbruch, Nazi düzeninin devraldığı "hukuk hukuktur" mantığının hukukun geçerliliğini denetlemek için başka herhangi bir ahlaki incelemeye gerek görmediğini saptamıştır.[381] Radbruch'e göre, hukukun yasaüstü herhangi bir denetiminin yapılmaması ise Nazi rejiminin sapkınlıklarına katkıda bulunmuştu. Bu sorunun çözümünü ise Savaş sonrasında yazdığı ünlü eseri *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*'te verdi:

Adalet ve hukuksal kesinlik arasındaki çatışma şu şekilde çözülmelidir: Adaletle olan çelişkisi, yasanın "yanlış hukuk" ("*unrichtiges Recht*") haline gelip bu nedenle adalet karşısında boyun eğmesini zorunlu kılacak derece tahammül edilemez düzeye gelmediği sürece, adil olmasa ve insanların yararını gözetmese bile devlet gücü tarafından usulüne uygun kurallaştırılan ve güvence altına alınan pozitif hukuk tercih edilmelidir. Hatalarına rağmen geçerliliğini koruyan yasalar ile yasaların adaletsizliği arasında kesin bir çizgi çizmek imkansızdır. Bununla birlikte, temel bir ayrım büyük ölçüde açık bir şekilde çizilebilir: Adaleti sağlamak konusunda bir girişim bile yoksa, adaletin özünü oluşturan eşitliğe pozitif hukukun yapımında kasıtlı bir şekilde ihanet edilmişse, bu yasa sadece "yanlış hukuk" ("*unrichtiges Recht*") değildir aynı zamanda hukuk doğasından tamamen yoksundur. Çünkü, pozitif hukuk dahil, hukuk adalete hizmet anlamını taşıyan bir sistem ve kurumdan başka bir şekilde tanımlanamaz.[382]

Bugün Radbruch'ün gerçekten savaş sonrası görüşünü değiştirip değiştirmediğine ilişkin tartışmalar devam etmekle birlikte[383], Alman Mahkemelerinin Radbruch'ün formülünü benimseyerek

381 G. Radbruch, "Fünf Minuten Rechtsphilosophie", Rechtsphilosophie, 7th ed., Hrsg. E.Wolf (Stuttgart, 1970), s. 336. Bu yazının İngilizce çevirisi için bkz. Gustav Radbruch (2006), "Five Minutes of Legal Philosophy" 26 Oxford J Legal Studies 13. Ayrıca bkz. Thomas Martens (2003), "Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice", 14 Law and Critique 277, 281.

382 G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", G. Radbruch, *Der Mensch im Recht* (Göttingen, 1957), 111. Bu yazının İngilizcesi için bkz. Gustav Radbruch (2006), Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law, 26 *Oxford J Legal Studies 1.*

383 Bkz. Stanley L. Paulson (2006), On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers, 26 Oxford Journal of Legal Studies 17; Martens.

temel hakları sistematik olarak hiçe sayan bazı tasarrufların hukuk sayılamayacağını kabul ettikleri şüphesizdir.

Hem Federal Yüksek Mahkeme'ye[384] hem de Federal Anayasa Mahkemesi'ne[385] göre Nasyonel Sosyalist dönemden kalan kuralların bir kısmı adaletin temel ilkelerini tahammül edilemez düzeyde ihlal ettiklerinden çıkarıldıkları andan itibaren geçersizdirler. Anayasa Mahkemesi'ne göre aşırı adaletsizlik, Anayasa hükümlerini bile geçersiz kılabilir.[386] İki Almanya'nın birleşmesi ile Radbruch formülünün yeniden canlandığını görüyoruz. Federal Yüksek Mahkeme, Doğu Almanya sınır muhafızlarının Duvar'ı geçmeye çalışanları öldürmeleri yönünde geliştirilen siyaseti tartışırken Radbruch formülüne bir kez daha başvurmuştur.[387] Ancak Mahkeme bu sonuca ulaşırken 1950-60lardan farklı olarak adalet ilkesinin yanında uluslararası kamu hukuku tarafından korunan insan haklarına da yollama yapmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi de hukuki güvenlik ilkesi ile adalet ilkesi arasında tercih yapma zorunluluğu karşısında; bu tip "tamamen özel durumlarda" adaletin en temel gerekliliklerinin ceza hukukundaki katı geri yürümezlik yasağına tercih edilmesi gerektiğini belirtmiştir.[388]

AİHM, her ne kadar Alman mahkemelerinden farklı olarak bu tip bir doğal hukuk formülünü kabul etmemiş olsa da Sözleşme'nin 7. maddesi anlamında neyin hukuk sayılabileceğini tanımlarken her pozitif kuralın veya uygulamanın hukuk kuralı sayılamayacağını kabul etmiştir:

Mahkeme, DAC sınır koruma politikası gibi açıkça insan haklarını ve bunun da ötesinde uluslararası insan hakları hiyerarşisinde

---

384 BGHZ (III ZR 168/50 of 12 July 1951) 3, 94, 107. Aktaran Stefan Vogenaur (2006), An Empire of Light? II: Learning and Lawmaking in Germany Today, 26 Oxford Journal of Legal Studies.

385 BVerfGE (2 BvR 557/62 of 14 February 1968) 23, 98, 106-7. Aktaran Vogenaur

386 BVerfGE (1 BvL 106/53 of 18 December 1953) 3, 225, 232-3. Aktaran Vogenaur.

387 Bkz. Rudolf Geiger, 'The German Border Guard Cases and International Human Rights' (1998) 9 European Journal of International Law 540; Walther, Suzanne (1995) "Problems in Blaming and Punishing Individuals for Human Rights Violations: The Example of the Berlin Wall Shootings", 1 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 104.

388 BVerfGE (2 BvR 1851, 1853, 1875, 1852/94 – 24 October 1996) 95, 96, 133-5,

yüce değere sahip yaşam hakkını açıkça ihlal eden bir Devlet uygulamasının Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. fıkrasında gösterilen koruma kapsamına giremeyeceğini düşünmektedir. Dayanağı olması gereken mevzuatın içini boşaltan ve tüm yargı organları dahil DAC'nın tüm organlarına dayatılan bu uygulama, Sözleşme'nin 7. maddesi anlamında "hukuk kuralı" olarak tanımlanamaz"[389]

Geçerken belirtmek gerekir ki, sınır muhafızı davaları haklı olarak adaletsizliğin ortadan kaldırıldığı bir vakadan çok geçmiş rejimin yargılandığı davalar olarak değerlendirilmiştir. Hatta, AİHM'in de Doğu Alman Ceza Yasalarını olayların gerçekleştiği tarihte Doğu Alman Mahkemelerinin yorumladığı şekilde değil ve fakat liberal bir hukuk devletinin 2001'deki değerlendirmesine göre yorumlayarak, suçun işlendiği tarihte öngörülemez nitelikte olan bir standardı kabul ettiği iddia edilmiştir.[390] Gerçekten de, gerek sınır muhafızlarının[391] gerekse bu kararları alan üst düzey yöneticilerin[392] bu eylemlerinin bir demokratik hukuk devletinde meşru olmadığı gerekçesiyle bir gün yargılanacaklarını düşünmeleri mümkün değildir. Ancak bu değerlendirmeyi yapanlar da temelde kendi koyduğu kurallarla sınırsız zulmetme yetkisini kendisine veren yöneticileri onaylamamaktadır.

Başka ulusal mahkemelerin de ağır insan hakları ihlalleri karşısında benzer bir tercihe yöneldiği görülmektedir. Şili Yüksek Mahkemesi, yetkililerin çıkarabileceğin tüm yasaların üstünde ilkeler bulunduğunu ve bunlardan vazgeçmenin mümkün olmadığını belirterek Pinochet Affını geçersiz sayarken bu yöntemi uygulamıştır.[393] Arjantin Yüksek Mahkemesi de Kirli Savaş sırasında işledikleri suçlardan dolayı cuntacıları koruma amaçlı çıkarılan Af Yasalarının Anayasa'ya aykırı bulup, zamanaşımı uygulamasının da söz konusu olamayacağı sonucuna ulaşırken bu çelişkiye ilişkin tercihini çok daha net bir şekilde ortaya koymuştur: "İnsanlığa karşı suçları soruşturmanın *jus cogens* doğası kanunilik ilkesinden

389 Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya ([BD], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, para. 87.

390 Jörg Arnold, Nora Karsten ve Helmut Kreicker, "The German Border Guard Cases before the European Court of Human Rights", 11 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 67, 74-75.

391 K.-H. W/Almanya, no. 37201/97.

392 Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya

393 Bkz. Lafontaine, s. 475.

daha yüksek bir önceliğe sahiptir." [394] Latin Amerika'da verilen bu kararların Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi ve İnsan Hakları Komitesi kararlarıyla da onaylandığı hatırlatılmalıdır.

Geçici 15. maddenin, yargılayamama tezini savundukları şekilde anlamlandırılması durumunda adalet ilkeleri açısından tahammül edilebilir bir düzeyde olduğunu söylemek mümkün müdür? Yukarıda açıkladığımız gibi bu kural sadece geçmişe yönelik bir af hükmü değil aynı zamanda geleceğe yönelik bir hukuka uygunluk sebebidir. Buradan yola çıkarak, maddenin şunu söylediği varsayılabilir mi: "Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde dilediğiniz gibi asın, kesin, parçalayın hiçbir şekilde yargılanmayacaksınız". Böyle bir kuralı ancak Prof. Selçuk'un cümleleri ile tanımlayabilir: "Böyle bir şey olur mu! Devlet, devlet olmaktan çıkar o zaman. O devlete güvenebilir misiniz?"[395]

Hukuk-ahlak ilişkisine ilişkin çağdaş tartışmaların merkezinde yer alan bu formüle rağmen[396], Türkiye'de sorunun yöneltildiği hukukçuların büyük çoğunluğunun hukuki güvenliği adaletin açık ihlaline tercih etmesinin açıklaması bu görüşleri ileri sürenler tarafından yapılmamaktadır. Hukuki güvenlik ilkesinin adalet ve insan hakları ilkelerinden daha nesnel olduğu için bu tercih yapılıyorsa, hemen belirtelim ki bu denli kutsallaştırılmış olan hukuki güvenlik ilkesi de diğer hukuk ilkeleri kadar metafizik bir değer taşımaktadır ve diğer ilkeler gibi olanı değil olması gerekeni ifade etmektedir. Yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi adaleti hukuki güvenlik ilkesine tercih etmek tersini yapmaktan daha keyfi bir nitelik taşımamaktadır.

Belki daha da önemlisi, adalet ve insan haklarına ilişkin yöneltilen belirsizlik eleştirisi artık geçerliliğini de yitirmiştir. Gerçekten de artık ulusal mahkemelerin, insan haklarını, Radbruch'ün yaptığı

---

394 Causa No. 17.768 c. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., No 17.768, Argentina: Corte Suprema de Justicia, 14 June 2005'den aktaran Christine A.E. Bakker (2005), "A Full Stop to Amnesty in Argentina", 3 Journal of International Criminal Justice 1106, 1115.

395 Bkz. yukarıda dipnot 10.

396 Hukuk-ahlak ilişkisine ilişkin ünlü Hart-Fuller tartışmasının ana eksenlerinden birini Radbruch tezi oluşturmaktadır. Bkz. H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", in Harvard Law Review 71 (1957–58), 593–629; L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law – a Reply to Professor Hart", in Harvard Law Review 71 (1957–58), 630– 672.

gibi doğal hukuk ilkelerinde aramasına da gerek kalmamıştır. Devletlerin yaratabileceği hukukun sınırı büyük ölçüde uluslararası insan hakları hukukunun daha somut kuralları tarafından çizilmektedir. Bu sınırlara çıkan yolun rehberi de ulusal anayasalardaki kimi kurallarda saklıdır. Nitekim, Alman Federal Yüksek Mahkemesi sınır muhafızları davasında doğrudan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHUS) hükümlerine yollama yapmıştır. Arjantin Yüksek Mahkemesi de Af Yasalarının geçersizliğini saptarken doğrudan MSHUS ve İşkence ve Diğer Zalimane Gayrıinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nden ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından faydalanmıştır.[397] Peru Anayasa Mahkemesi, Devlet Başkanı Fujimoro'nun mahkumiyetine[398] de yol açacak kararında uluslararası hukukun Peru hukukunun bir parçası olduğuna ve bunun sonucu olarak Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirttiği gibi insanlığa karşı suçlarda zamanaşımının işlemeyeceğine karar vermiştir.[399]

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Furundzija kararı, 12 Eylül dönemini en yakından ilgilendiren işkence suçlarına ilişkin saptaması da bu açıdan önemlidir:

"Bir yandan işkence yasağının buyruk emir (*jus cogens*) değeri nedeniyle, işkenceyi öngören sözleşme ve teamül kurallarının *ab initio* hükümsüz olduğunu ileri sürüp, daha sonra işkenceye izin veren veya göz yuman ulusal önlemleri alan veya af yasası ile faillerini aklayan Devlet'i dikkate almamak anlamsız olur."[400]

---

397 Gabriel Chavez Tafur (2008), "Using International Law to By-pass Domestic Legal Hurdles", 6 Journal of International Criminal Justice 1061; Bakker, s. 6.

398 Peru Hakikat Komisyonu Raporu'na göre 1980 -2000 yılları arasında devam eden çatışmalarda yaklaşık 69,200 kişi hayatını kaybetmiştir. Fujimoro 1990 yılında Başkan seçilmiş, Sendero Luminoso (SL) and Movimiento Revolucionario Tupac Amaru'ya (MRTA) yoğun bir operasyon başlatmıştır. Fujimoro, operasyonların büyük bir kısmını Colina grubu isimli gizli örgüt aracılığıyla yürütmüştür. Bu operasyonlar ağır insan hakları ihlallerine yol açmış, bazı sembol vakalar Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi önünde karara bağlanmıştır. Peru Yüksek Mahkemesi uzun ve karmaşık bir yargılama süreci sonrasında önce Japonya'ya, oradan da Şili'ye geçen Fujimoro'nun 25 yıl hapis cezasına çarptırılmasına karar vermiştir. Bkz. Burt; Kai Ambos (2011), "The Fujimoro Judgment", 9 JICJ 137.

399 Jo-Marie Burt (2009), "Guilty as Charged: The Trial of Former Peruvian President Alberto Fujimori for Human Rights Violations", 3 International Journal of Transitional Justice 384, 394.

400 Prosecutor v. Furundzija, IT-95-17/1-T (Dec. 10, 1998), para. 155.

Mahkeme'ye göre böyle bir durum gerçekleştiğinde, ulusal tasarruflar uluslararası hukuk tarafından tanınmayacaktır. Daha önemlisi bu ulusal tasarruflardan yararlanan işkence failleri yabancı bir ülkede veya kendi ülkelerinde rejim değişikliği sonrasında cezai olarak sorumlu tutulacaklardır.[401] Bu görüşün, İşkenceye Karşı Komite ve İnsan Hakları Komitesi sonrasında artık AİHM tarafından da açıkça paylaşıldığı görülmektedir.[402]

Yukarıda açıklandığı gibi 1982 Anayasası'nın 15. maddesi örnekleri verilen diğer ulusal mevzuatlardan çok daha açık bir şekilde uluslararası hukuk bağlantısı olanağı sunmaktadır. Bu nedenle, doğal hukuk ilkeleri yerine uluslararası insan hakları hukuku ilkeleri ile de yargılama sonucuna varmak mümkündür.

4. Öngörülebilirlik

Görüldüğü gibi eğer gerçekten Geçici 15. madde ağır insan hakları ihlallerini af kapsamına sokmuş olsaydı dahi bütünlükçü yorum bu affın uygulanmaması için yeterli gerekçe sunmaktadır. Ne var ki, aslında Geçici 15. madde sanıldığı gibi ağır insan hakları ihlalcilerine bir sorumsuzluk alanı da yaratmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Radbruch formülünü değil ve fakat esnek bir öngörülebilirlik testini uyguladığı dikkate alındığında[403] bu husus özel bir önem kazanmaktadır. AİHM; ağır insan hakları ihlalleri[404], insanlığa karşı suçlar[405] ve savaş suçlarında[406] dahi yasallık ilkesinin ihlal edilip edilmediğini failin suçu işlediği tarihte öngörülebilir ve ulaşılabilir bir kural olup olmadığına göre çözümlemektedir. Suç öngörülebiliyorsa, AİHM'e göre 1944'de işlenen bir suçun 50 yıl sonra soruşturulması 7. maddeyi ihlal etmeyebilecektir.[407]

---

401 Aynı karar, para. 155.

402 Ould Dah/Fransa, 13113/03 (kabul edilebilirlik kararı).

403 Russell Miller (2001), "Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the Crimes of the East German Leadership", 14 Leiden Journal of International Law 653. Mahkemenin bu tutumunun eleştiriye açık olduğu şüphesizdir. Bu konuda özelliye Korbely/Macaristan davasındaki karşıoylara bakılabilir. Korbely/Macaristan.

404 Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya

405 Korbely/Macaristan.

406 Kononov/Letonya.

407 Kononov/Letonya, para. 245.

Bu açıdan bakıldığında, 12 Eylül darbesini yapanların Geçici 15. madde nedeniyle işledikleri ağır insan hakları ihlalleri nedeniyle yargılanmayacaklarını öngördükleri söylenebilir mi? Kanımızca bu sorunun cevabı birden fazla nedenden dolayı olumsuz olmalıdır.

- Birincisi, Geçici 15. madde niteliği itibariyle ağır insan hakları ihlallerinin faallerine bu tür suçlarından dolayı yargılanmayacaklarına ilişkin bir güvence vermemektedir. Kurala göre "yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez." Yine bütünsel sistematik yorum yaptığımızda benzer sorumsuzluk güvencelerinin görevleri nedeniyle yürütme ve yasama organlarına da verildiği görülecektir. Ancak hem yasama hem de Cumhurbaşkanı'nın yürütme sorumsuzluğu, görevleri ile sınırlıdır. Bir başka deyişle, Cumhurbaşkanı dahi özel suçlarından dolayı yargılanabilir. O halde, Milli Güvenlik Konseyi, Danışma Meclisi ve hükümet üyelerinin sorumsuzluk alanını da kullandıkları yasama ve yürütme yetkileri ile sınırlı tutmak bir zorunluluktur. Lordlar Kamarası'nın Pinochet kararında belirttiği gibi sistematik işkencenin bir devlet etkinliği olarak görülmesi ve devlet başkanlarına yargılanma muafiyeti vermesi mümkün değildir.[408] Aksi işkence yasağının buyruk emir niteliğine aykırı bir sonuç doğuracaktır. Bunun içindir ki, ağır insan hakları ihlallerinin Geçici 15. maddenin öngördüğü yasama ve yürütme faaliyetlerine ilişkin sorumsuzluk kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

- İkinci olarak; bu kuralı koyanların kendileri de bu suçları işledikleri ama yargılanmamaları gerektiğini ileri sürmemektedirler. Tam tersine, onlar bu tür suçlara hiç bulaşmadıklarını söylemektedirler. Sistematik işkence ve yaşam hakkı ihlalleri birinci ağızdan hem ulusal hem

408 Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), Lord Browne-Wilkinson.

uluslararası düzeyde yalanlanmaktadır. Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde sorumluların kesinlikle cezalandırılacağı mesajı verilmektedir. Darbenin başı Kenan Evren işkence suçlamalarının Türkiye'yi ve rejimi küçük düşürmek yapıldığını belirtmiştir ama asla suçlamaları kabul etmemiştir. Öyle ki, beş devletin Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na yaptığı başvuruya verdiği cevapta hükümet, işkencenin hem Anayasa'da hem de Ceza Kanunu'nda yasaklandığını, kötü muamelenin önlenmesi için bizzat Devlet Başkanı tarafından talimat verildiğini ve şikayetlerin etkin bir şekilde soruşturulduğunu belirtmiştir.[409] Geçici 15. maddenin sorumsuzluk sağladığı düşünülseydi, suç olmayan bir davranışın cezalandırılacağı taahhüdünde bulunulmasının, bu tür açıklamalar yapılmasının herhalde bir anlamı olmazdı.

- Streletz ve Diğerleri davasında AİHM, suç tarihinde Doğu Almanya'nın Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye taraf olduğunu ve bu Sözleşme'nin davada konu edilen hakları koruma altına aldığını hatırlatarak bunun işlenen suçların hukuka aykırılığının öngörülebilirliğinin bir delili olduğunu saptamıştır.[410] Geçici 15. maddenin Anayasa hükmü haline getirildiği dönemde Türkiye, AİHS dahil birçok uluslararası antlaşmaya taraftır ve bu sözleşmelerde 12 Eylül döneminde gerçekleştirilen tüm ağır insan hakları ihlalleri yasaklanmıştır. Dahası aşağıda açıklandığı gibi insanlığa karşı suçların cezalandırılması 1960lı yılların sonlarından itibaren uluslararası teamül hukukunun gereği haline gelmiştir. Bu tür itirazların yapılmasını dikkate alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 2. fıkrası, Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir hükmünü getirmiştir. Benzer bir hüküm Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 15 (2) maddesinde mevcuttur. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin yakın tarihli

409 Fransa, Norveç, Danimarka, İsveç ve Hollanda/Türkiye, no. 9940/82 vd., 35 DR 143, 155.

410 Streletz, Kessler and Krenz v. Germany ([GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, para. 73.

kararlarında[411] kabul ettiği gibi 1970li yıllardan beri insanlığa karşı suçlar teamül hukukunun bir parçası haline gelmiştir ve bu suçları işleyenlerin 1980lerde bunu öngörememesi mümkün değildir.

- AİHM'e göre üst düzey yöneticilerin mevzuata aykırı bir şekilde ağır insan hakları ihlallerinin bir pratik haline gelmesine göz yumup, ardından bunun hukuk haline geldiğini ileri sürmeleri mümkün değildir. Üst düzey yöneticilerin, ülkedeki hukuk düzeninin ihlal edildiğinden haberdar olmaması söz konusu olamaz.[412] Bu uluslararası hukuktaki komutan sorumluluğu ile de uyumludur. Fujimoro davasında Peru Yüksek Mahkemesi, genel kontrolün bu açıdan yeterli olduğuna karar vermiştir.[413] Oysa sistematik insan hakları ihlalinin gerçekleştirenler, yönetmekle sorumlu oldukları devletin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olmaktadır. Bu suçları işleyenlerin kendilerini temize çıkarmak için yetkilerini kötüye kullanmaları, evrensel nitelik taşıyan "hiç kimsenin kendi hatasından fayda sağlamayacağı" kuralının[414] açık bir ihlalini oluşturur.

Tüm bu söylenenlerden anlaşılabileceği gibi, Geçici 15. madde ağır insan hakları ihlali kararlarını alanlar ve uygulayanların sorumsuzluğunu gerektirecek bir kural değildir. Bu kuraldan işkence yasağının, yaşam hakkının ihlal edilebileceğini; sistematik ayrımcılığın meşru görüleceğini, bu ve benzeri ihlalleri gerçekleştirenlerin sorumsuz kalacağını çıkartmanın mümkünü yoktur. Aksi son derece zorlama bir yorumla ulaşılabilecek bir sonuç olması bir yana hukuk sisteminin bütünsel yapısını bozacaktır.

---

411 Almonacid-Arellano et al. v Chile IACtHR Series C 154 (2006); Barrios-Altos v Peru IACtHR Series C 75 (2001). Ayrıntılı bir tartışma için bkz. Claudia Martin (2007), "Catching Up with the Past: Recent Decisions of the Inter- American Court of Human Rights Addressing Gross Human Rights Violations PerpetratedcDuring the 1970-1980s", 7 Human Rights Law Review 774.

412 *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* ([GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, para. 78.

413 CSJ, Primera Sala Penal Transitoria, Exp. No. AV 19-2001, judgment of 30 December 2009dan aktaran Kai Ambos (2010), "The Fujimoro Judgment", Journal of Criminal Justice 1.

414 İlkenin yüzyılı aşkın bir uygulaması vardır: Riggs v. Palmer, 115 N.Y. 506 (1889).

5. Sonuç: Geçici 15. Madde Kalkmazsa Ne Olacaktı?

İkinci senaryomuz yani Geçici 15. madde kalkmadan yargılamayı sağlaya bir yasanının çıkarılması durumunda sonuç değişebilir mi? Buraya kadar anlatılanlardan kolayca anlaşılabileceği gibi ağır insan hakları ihlallerinden dolayı yargılama yapmanın önünde Geçici 15. madde de, zamanaşımı da engel değildir. Geçici 15. madde, ağır insan hakları ihlallerine karşı bir sorumsuzluk kalkanı sağlamamaktadır. Bu nedenle, kaldırılmaması sorumluların yargılanmamasına sebep olamaz.

Asıl sorun Geçici 15. maddenin dayanılmaz hafifliğidir. Gerçekten de konuyla doğrudan ilgisi olmayan bu maddenin iktidarı, muhalifi, akademisyeni ve entelektüeli bu kadar bağlamasının nedenini hukuk dışı nedenlerde aramak gerekir. Buna çözüm bulunduğu zaman Geçici 15. madde de yürürlükte olsa bile kuş tüyü gibi uçup gidecektir. Ne var ki, Anayasa değişiklikleri etrafında oluşturulan tartışmalara bakınca Geçici 15. maddenin tüm dayanılmaz hafifliğiyle yerli yerinde durduğu görülüyor.