

Zorla Kaybetme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

“Sükuttan Bir Duvar”, Olguları Tespitte Zorluklar ve “Yıkıcı Karşıt” olarak Devletler *

Helen Keller** ve Corina Heri***

Özet

İnsan hakları kurumlarının içtihatları, zorla kaybetme suçlarıyla ilgili hesap verme mecburiyeti konusunda uzun zamandan beri rol oynamaktadır: örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde işlenen kaybetme suçları hakkında çok sayıda başvuruyu ele almıştır. Bu makale, söz konusu davalar bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin karşılaştığı temel zorluklardan bir tanesi olan, Mahkeme'de görülen veya görülmüş davalarda ilgili devletlerin tutumuna ilişkindir. Kendileri ve Strazburg arasında “sükûttan duvarlar” ören ve davaları aktif bir biçimde baltalayan devletler, olgu tespiti süreçlerini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulanmasını olumsuz etkilemektedir. Burada yapılan analizler, bu tür zorlukları ele alarak Mahkemenin bunlara karşı aldığı önlemler arasında bulunan, “ikinci derecede kanıt” testini, tek taraflı beyanları ve pilot karar prosedürünün uygulanması konusundaki teşebbüslerini incelemektedir. Makalenin sonuç bölümünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin devlet tutumunu düzeltme konusunda bir parça yol almış olmasına rağmen, devletin işbirliği yapmaması karşısında aldığı önlemlerin tümüyle yeterli olamadığına değinilecektir.

1. Giriş

Uzun zamandır tam tanımı yapılamamış olsa da, zorla kaybetme, on yıllardır ve dahi belki de Nürnberg Mahkemelerinden bu yana insan haklarının ve uluslararası hukukun ihlali olarak kabul edilmektedir.¹ Uluslararası hukukta yasal bir tanımı olmamasına rağmen,

¹ H. Keller ve O. Chernishova, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Görülen Kaybetme davaları ve BM İnsan Hakları Komitesi: Yakınsamalar ve Farklılıklar’, 32 *Human Rights Law Journal* (2012) 237, sayfa 237,

* İngilizce orijinalinden *Hafıza Merkezi* adına Bilge Güler tarafından çevrilmiştir.

** LLM (Bruges), Dr.iur (Zu« rich), Professor of Public Law, European and Public International Law, Faculty of Law, University of Zu« rich; Judge at the European Court of Human Rights.

*** PhD candidate and research assistant, Faculty of Law, University of Zurich. [corina.heri@uzh.ch] This article develops the authors' presentation at the Antonio Cassese Workshop on Enforced Disappearance: Challenges to Accountability under International Law (European University Institute, San Domenico di Fiesole, 25 October 2013). The views expressed are those of the authors alone.

kaybetme, insan hakları organları tarafından genellikle, aralarında yaşam hakkı, kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı, etkili başvuru hakkı ve işkencenin ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin yasak olmasının da bulunduğu bir dizi hakkın ihlalini kapsayan çok boyutlu bir mesele olarak bahsedilmiştir.² Günümüzde, Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme ('2006 tarihli Sözleşme) gibi uluslararası belgelerin konusu olan zorla kaybetme, sözleşmede "devlet görevlilerinin ya da devletin yetkilendirmesi, desteği veya göz yummasıyla hareket eden kişilerin ya da kişi gruplarının gözaltına alma, tutuklama, kaçırma ya da diğer herhangi bir biçimde özgürlükten yoksun bırakması ve bu durumdaki bir kimseyi, özgürlükten yoksun bırakmayı kabul etmenin reddedilmesi veya kaybedilen kişinin akıbetinin ya da nerede olduğunun gizlenmesiyle, hukukun koruması dışına çıkarması" olarak tanımlanmıştır.³

Özel olarak zorla kaybetmeyi konu alan antlaşma metinlerinin ve bununla beraber antlaşma organlarının oluşturulmasının kabulü⁴ ve bu eylemleri incelemek üzere yargı yetkisine sahip uluslararası ceza hukuku forumlarının kurulmasının kabulüne rağmen,⁵ insan hakları kurumları mağdur bireyler ve aileleri için telafi elde edilmesi ve kayıplardan devletlerin sorumlu tutulması konusunda merkezi konularını korumaktadır.⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) dâhil olmak üzere, uluslararası ve bölgesel insan hakları kurumları, zorla kaybetme iddiasıyla yapılan birçok başvuru almıştır.⁷ Son 15 yılda, AİHM

alıntı B. Finucane, 'Uluslararası Hukuk Kapsamında Bir Suç Olarak Zorla Kaybetme', 35 *Yale Journal of International Law* (2009) 171, sayfa 175.

² Keller ve Chernishova, yukarıda not 1, sayfa 237. Karşılaştırma için bkz. örneğin, Aslakhanova ve Diğerleri ile Rusya arasındaki dava, Başvuru No: 2944/06, 332/08, 42509/10, 8300/07 and 50184/07, AİHM, 18 Aralık 2012.

³ Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme, Madde 2 ('2006 tarihli Sözleşme'), New York, 20 Aralık 2006, yürürlüğe girme tarihi 23 Aralık 2010, 42 taraf devlet.

⁴ 2006 tarihli Sözleşme, antlaşmanın uygulanmasını izlemekle görevli bir Komitenin oluşturulmasını öngörmektedir (2006 tarihli Sözleşme Madde 26-36). 2006 tarihli Sözleşmeye ek olarak, zorla kaybetme, Şahısların Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar-Arası Sözleşmede yasaklanmıştır, 9 Haziran 1994, yürürlüğe girdiği tarih 28 Mart 1996, 15 taraf devlet.

⁵ Burada atıf Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne yapılmıştır (ICC). Ancak ICC Roma Mevzuatı, devletin sorumluluğuna ilişkin hüküm kurma konusunda ICC'ye yargılama yetkisi vermez ve zorla kaybetmeyi yasaklamaz zira kaybetme suçları yalnızca insanlığa karşı suç teşkil ettiğinde cezai nitelik kazanır.

⁶ Örneğin, AİHM Rusya ve Türkiye aleyhine iddiaları inceleme konusunda yargı yetkisine sahiptir; bu ülkelerin ikisi de 2006 tarihli Sözleşmeyi imzalamamıştır.

⁷ İnsan Hakları Komitesi (HRC) ve Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi (IACtHR), örneğin, zorla kaybetme konusunda ayrıntılı içtihat geliştirmiştir. HRC bakımından, diğerlerinin yanı sıra, karşılaştırma için bkz. Mojica ile Dominik Cumhuriyeti arasındaki dava, HRC İletim No. 449/1991, BM Bel. CCPR/C/51/D/449/1991, 15 Temmuz 1994; N'Goya ile Kongo Demokratik Cumhuriyeti arasındaki dava, HRC İletim No. 542/1993, UN Bel. CCPR/C/56/D/542/1993, 25 Mart 1996; Sarma ile Sri Lanka arasındaki dava, HRC İletim No. 950/2000, BM Bel. CCPR/C/78/D/950/2000, 16 Temmuz 2003; El Abani ile Libya arasındaki dava, HRC İletim No. 1640/2007, BM Bel. CCPR/C/99/D/1640/2007, 26 Temmuz 2010; Zarzi ile Cezayir arasındaki dava, HRC İletim No. 1780/2008, BM Bel. CCPR/C/101/D/1780/2008, 22 Mart 2011. AAİHM için, diğerleri yanında, karşılaştırma için bkz. Moiwana Topluluğu ile Suriname arasındaki dava, 15 Haziran 2005 tarihli karar, AAİHM; 'Mapiripan Soykırımı' ile Kolombiya, 15 Eylül 2005 tarihli karar, AAİHM; Pueblo Bello Soykırımı ile Kolombiya, 31 Ocak 2006 tarihli karar, AAİHM; Anzualdo Castro ile Peru, 22 Eylül 2009 tarihli karar, AAİHM.

temel olarak dört ana bölgeden kaynaklı iddialarla karşı karşıya kalmıştır: Kuzey Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsızlığının ilanı ile sonuçlanan ihtilaf bağlamında Kıbrıs;⁸ Kürt meselesiyle bağlantılı olarak Türkiye'nin Güneydoğu Anadolu Bölgesi;⁹ Rusya'nın Kuzey Kafkasya Bölgesi, özellikle Çeçenistan¹⁰ ve eski Yugoslavya devletleri.¹¹ Bu bölgelerde devletlerin tutumu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ihlal edilmiş olduğu şeklinde kurulan çok sayıda hükmün verilmesiyle sonuçlanmıştır: Şimdiye dek, yalnızca Çeçenistan'da zorla kaybetme pratiği yoluyla AİHS Madde 2'nin 120'den daha fazla ihlal edilmiş olduğu AİHM tarafından tespit edilmiştir.¹²

AİHM'de görülen kaybetme davalarının önemi, yalnızca devlet tarafından işlenen yasadışı edimler için bir çözümün elde edilmesindeki şahsi faydada değil, aynı zamanda bu olayların bir kaydının tutulması ve dolayısıyla bir ulusun da kendi tarihini hatırlaması ve dersler çıkarmasında kendini göstermektedir.¹³ Zorla kaybetme vakalarının araştırılmasına yönelik devletlerin taşıdığı yükümlülük, AİHM içtihadıyla geliştirildiği şekilde, 2006 tarihli Sözleşmede de belirtildiği gibi "gerçeği bilme hakkıyla" da ilgilidir.¹⁴ Böylelikle AİHS, devletlerden söz konusu edimlere ilişkin yeterli ölçüde soruşturma yürütmelerini ve sorumluların hesap verebilmesinin sağlanması için adımlar atmalarını talep eder.¹⁵ Zorla kaybetme bağlamında, AİHS Madde 2 ve 3 kapsamındaki usul yükümlülükleri de (sırasıyla, yaşam hakkı ve işkencenin ve insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele yasağı) aynı şekilde, hem herhangi bir davada başvuruçunun tazmin edilmesi hem de geçmişle yüzleşme sürecinde etkilenen toplumlara yardımcı olunması açısından büyük önem taşımaktadır. Ancak ilgili devletler bu davalarda AİHM'ye yapılan başvuruların *bu bağlamda* değerlendirilmesini önemli ölçüde zorlaştırabilmektedir. Aşağıda, devletlerin bazı durumlarda, -- zorla kaybetmenin tanımlaması gereği -- söz

8 Kıbrıs ile Türkiye arasında, Başvuru numaraları 25781/94, AİHM [GC], 10 Mayıs 2001; Varnava ve Diğerleri ile Türkiye arasında, Başvuru numaraları 16064/90, 16065/90, 16066/90..., AİHM [GC], 18 Eylül 2009.

9 Çakıcı ile Türkiye arasında, Başvuru No. 23657/94, AİHM [GC], 8 Temmuz 1999; Tanrıku ile Türkiye arasında, Başvuru No. 23763/94, AİHM [GC], 8 Temmuz 1999; Oğur ile Türkiye arasında, Başvuru No. 21594/93, AİHM [GC], 20 Mayıs 1999.

10 Çoğunun yerine, bkz. Aslakhanovna ve Diğerleri ile Rusya arasındaki davadaki yarı-pilot karar, üstteki not 2.

11 Palic ile Bosna Hersek arasında, Başvuru No. 4704/04, AİHM, 15 Şubat 2011; Skendzic ve Krznaric ile Hırvatistan arasında, Başvuru No. 16212/08, AİHM, 20 Ocak 2011; El-Masri ile eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti arasında, Başvuru No. 39630/09, AİHM [GC], 13 Aralık 2012. Tümünde, karşılaştırma için bkz. Keller ve Chernishova, üstteki not 1, sayfa 238. Zorla kaybetmeye ilişkin çok örnekli bölgelerde karşılaştırma için bkz. T. Scovazzi ve G. Citroni, Zorla Kaybetme Pratiğiyle Mücadele ve 2007 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Martinus Nijhoff, 2007), sayfa 188-189, burada bir şekilde farklı bir çatışma grubu vurgulanmaktadır.

12 Mahkeme, 2000-2006 yılları arasında Kuzey Kafkasya'da 36 Kişinin Kaybedilmesiyle İlgili Olarak Başka Davalarda da Sözleşmenin İhlal Edildiğini Tespit Etmiştir, Basın Açıklaması, AİHS 007 (2014), 9 Ocak 2014.

13 Cezasızlıkla Mücadele Önlemiyle İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesi için Güncellenen İlkeler Dizisi, BM Bel. E/CN.4/2005/102/Ek.1, 8 Şubat 2005, İlke 2 ve 3.

14 2006 tarihli Sözleşme Mad. 24(2) 2006. Bkz Keller ve Chernishova, üst not 1, sayfa 246-247.

15 Varnava ve Diğerleri ile Türkiye, üst not 8, § 191; Keller ve Chernishova, üst not 1, sayfa 246.

konusu olayları inkar ederek kendileri ve AİHM arasında “sükuttan bir duvar” ördüklerini ve hatta AİHM’de görülen davanın aktif olarak altını oyduklarını anlatacağız. Devletlerin işbirliği yapmaması durumu, olguların tespiti ve AİHM’nin verdiği kararların uygulanması süreçlerini bilhassa daha da zorlaştırmaktadır. Mevcut çalışma, AİHM’nin bu zorluklar karşısında kullandığı araçlar bağlamında bu zorlukları ele alacaktır. Söz konusu araçlar, ‘ikinci dereceden kanıt’ testi, tek taraflı beyanlar ve pilot karar usulüdür.

2. Kaybetme Davalarında İspat Yükümlülüğü

Tanımlanması bakımından, kaybetme davaları, söz konusu olayların sorumluları tarafından inkârını da beraberinde getirmektedir. Sonuç olarak, bu davalar başvuranların ispat edebilirliğini sıklıkla zorlaştırabilmektedir: Devletler AİHM ile işbirliği yapmayı reddetmekte ve ilgili olguları inkâr etmektedir ve dolayısıyla AİHM için bir zorla kaybetme vakasının yaşanıp yaşanmadığını ve böylece AİHS’in ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğini tayin etmek zorlaşmaktadır. – Eğer varsa-- ulusal mahkemede görülen davalar genellikle davaya ilişkin olguları tayin etmemiş olmakta ve başvuranlar da genellikle ispatlama araçlarına erişememektedir.¹⁶

Bir dava olgularının taraflarca tartışılması halinde, AİHM belli bir noktaya kadar, genellikle bir ilk derece mahkemesi tarafından yapılan saptamalara benzer saptamalar yapmalıdır.¹⁷ AİHM genellikle “makul şüphenin ötesinde” bir ispatlama standardı talep ederken, zorla kaybetme davalarına ilişkin olarak bu standart üzerinde küçük değişiklikler yapmıştır. Alışlagelmiş ispat standardını karşılamak için istenen delillerin başvuranların erişiminde olmadığı durumlarda, AİHM çıkarsama ve varsayımlara bel bağlamış ve iddiaların ciddiyetine, olgusal durumun sarıh olmamasına ve ilgili hakların niteliğine bağlı olarak ispat yükümlülüğü dengesinin taraflar arasında yeniden dağılımını sağlamıştır.¹⁸ AİHM’nin AİHS Madde 2 ve 3 ile ilgili daha önceki içtihadında, yetkili mercilerin ilgili olaylar hakkında özel bilgiye sahip olması halinde, davalarda “affirmanti incumbit probatio” (ispat yükümlülüğü inkâr edenin değil iddia edenin üzerindedir) prensibinin uygulanmasının şart olmayabileceği belirtilmektedir.¹⁹

Söz konusu doktrin AİHM’nin özellikle Türkiye ile ilgili zorla kaybetme davalarında oluşturduğu ilk içtihadıyla başlamıştır. Söz konusu davalarda, AİHM olgu tespitini kendi başına yaparak ulusal düzeydeki yetkili mercilerin yerini almıştır.²⁰ Ancak, devletler

16 Karşılaştırma için bkz, S. Jötten, *Enforced Disappearances und EMRK* (Drucker & Humblot, 2012), sayfa 133-134.

17 El-Masri ile Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti arasında, üst not 11, § 151. Yaşam hakkı ihlaliyle ilintili olarak, zorla kaybetme mağduru bir kişinin ölmüş olduğunun ispatının yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bir inceleme için, G. Citroni’nin derginin bu sayısında yayınlanmış olan makalesini inceleyebilirsiniz.

18 *A.g.e.*, § § 151-152.

19 *A.g.e.*, § 152.

20 Keller ve Chernishova, üst not 1, sayfa 238. Karşılaştırma için bkz. *Tekdağ ile Türkiye*, Başvuru No. 27699/95, AİHM, 15 Ocak 2004; ve Süheyla Aydın ile Türkiye arasında, Başvuru No. 25660/94, AİHM, 24 Mayıs 2005.

AİHM ile bu görevleri yerine getirebilmesi için her zaman işbirliği içinde olmamıştır.²¹ Devletlerin bu yaklaşımı AİHM'nin hâlihazırda ağır olan iş yükünü daha da ağırlaştırmıştır. Sonuç olarak, AİHM de öncelikle tarafların işbirliğini aramış, bu olmadığı takdirde başvurular tarafından iddia edildiği haliyle ilk bakışta haklı görülen bir davanın, hükümet tarafından aksinin kanıtlanmasını talep edip, ispat külfetini bir taraftan diğerine aktaran bir yaklaşım tercih etmeye başlamıştır.²² Bu durum, AİHM'nin İrlanda – Birleşik Krallık davasında verdiği karar sonrasında kabul edilen ve “makul şüphenin ötesinde delil” talep etme şeklindeki genel uygulamasından farklılaşan bir eğilim arz etmiştir.²³ Sonuç olarak, ispat yükümlülüğü, başvuruçuların her zamanki mesuliyeti karşılama şeklindeki makul nedenlerle beklenemeyeceği hallere uyarlanmıştır. Örneğin, Varnava ve diğerleri ile Türkiye arasındaki davada AİHM, “söz konusu olaylar tamamen veya büyük ölçüde yetkili mercilerin özel bilgisi dâhilinde olduğu hallerde”, ilk bakışta bir kaybetme vakası olduğu izlenimi veren iddiaların “olguya ilişkin güçlü varsayımlara” sebebiyet vereceğini, bu durumda “tatmin ve ikna edici bir açıklama” sunulabilmesi için ispat yükümlülüğünün Hükümet tarafından üstlenilmesinin gerekeceğini tespit etmiştir.²⁴ İspat yükümlülüğü konusundaki bu yön değişikliğinin “mantıksal bir sonucu”, Hükümetin olguların tesisi ve olayların açıklanması için gereken belgeleri sağlamaması durumunda başvuruçunun lehine “güçlü çıkarımların” yapılması olmuştur.²⁵ Bu durum ayrıca, AİHS'nin zorla kaybetme yoluyla özgürlükten mahrum bırakılmaya ilişkin 5. Maddesiyle de örtüşmektedir: Kaybolduğu iddia edilen şahsın gözaltına alınmadığını ispatlama yükümlülüğü, söz konusu şahsın son olarak devletin temsilcilerinin tevkifi altındayken görülmüş olduğu durumlarda Hükümete yüklenebilir.²⁶

Kaybetme davalarında olgu tespitinin zorluğu, AİHM'i kararlarında, olgulara ilişkin kendi yaptığı değerlendirmeleri içeren özel bir ön bölüm ayırmak durumunda bırakmıştır.²⁷ Söz konusu olgusal analizler, AİHS'nin 38 (1)(a) maddesine dayalıdır ve bu madde AİHM'e

21 *Shamayev ve Diğerleri ile Gürcistan ve Rusya*, Başvuru No. 36378/02, AİHM, 12 Nisan 2005, §§ 26-49.

22 *Varnava ve Diğerleri v. Türkiye*, üst not 8, § 183 ve izleyen sayfalar; *Keller ve Chernishova*, üst not 1, sayfa 238.

23 *İrlanda ile Birleşik Krallık arasında*, Başvuru No.5310/71, AİHM,18 Ocak 1978, x161; *Jotten*, üst not 16, sayfa 162.

24 *Varnava ve Diğerleri ile Türkiye*, üst not 8, § 183; *El-Masri ile Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti* arasında, üst not 11, § 152, alıntı *Çakıcı ile Türkiye*, üst not 9, § 85; *Salman ile Türkiye*, Başvuru No. 21986/93, AİHM, 27 Haziran 2000, § 100; ve *Rupa ile Romanya (No. 1)*, Başvuru No. 58478/00, AİHM, 16 Aralık 2008, § 97.

25 *Varnava ve Diğerleri ile Türkiye*, üst not 8, § 184; *El-Masri ile Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti*, üst not 11, § 152, alıntı *Orhan ile Türkiye*, Başvuru No. 25656/94, AİHM, 18 Haziran 2002, § 274.

26 *El-Masri ile Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti*, üst not 11, § 153, alıntı *Tanış ve Diğerleri ile Türkiye*, Başvuru No. 65899/01, AİHM, 2 August 2005, § 160; *Yusupova ve Zaurbekov ile Rusya*, Başvuru No. 22057/02, AİHM, 9 Ekim 2008, § 52, ve *Matayeva ve Dadayeva ile Rusya*, Başvuru No. 49076/06, AİHM, 19 Nisan 2011, § 85.

27 Örneğin, bkz., *Tanış ve Diğerleri ile Türkiye*, üst not 26, §§ 158-189.

gereken durumlarda kendi soruşturmasını yürütme konusunda yetki verir ve aynı zamanda ilgili devletlerden de “her türlü kolaylığı sağlamasını” talep eder.²⁸

Daha önce belirtildiği gibi, bu içtihat, kaybetme davalarında olguların tesisi konusunda Hükümetlerin AİHM ile işbirliği yapmadığı örneklerin birikmesine karşılık olarak ortaya çıkmıştır.²⁹ Dolayısıyla, başvuru için kanıtlanma konusunda devletin tutumunun da arttırdığı biçimde üstesinden gelinemez zorluklar yaratan bu gibi hallerde ispat yükümlülüğünün bir taraftan diğerine geçirilmesi son derece gerekli bir hal almaktadır. Bu gibi sorunlar, davalara üçüncü taraf olarak müdahil olabilen,³⁰ başvurucuları temsil edebilen³¹ ve AİHM’i olguların tespiti konusunda destekleyebilecek ilgili belgeleri sunabilen³² STK’ların çabalarıyla belli bir ölçüye dek dengelenebilmektedir. Avrupa Konseyi tarafından yayınlanan -- örneğin ilk ‘Marty Raporu’³³ – raporlar da, üçüncü taraf devlet müdahillikleri³⁴ ve STKların³⁵ ve Uluslararası Kızıl Haç Komitesinin³⁶ raporları da

28 A.g.e., § 162.

29 Aynı sorunlar HRC’nin de karşısına çıkmıştır. Tamamında, bkz, Keller ve Chernishova, üst not 1, sayfa 238, ve O. Chernishova ve N. Vajic, ‘*The Court’s Evolving Response to the States’ Failure to Cooperate*’, in D. Spielmann, M. Tsirli ve P. Voyatzis (ed.), *La Convention europeenne des droits de l’homme, un instrument vivant / The European Convention on Human Rights, a Living Instrument: Melanges en l’honneur de / Essays in Honour of Christos L. Rozakis* (Bruylant, 2011) 46-79, sayfa 62 ve izleyen sayfalar

30 Bkz. Varnava ve Diğerleri ile Türkiye, üst not 8, §§ 17 ve 220-221. Ayrıca Bkz. Yüce Divan Kararı, Janowiec ve Diğerleri ile Rusya, Başvuru Numaraları 55508/07 ve 29520/09, AİHM [GC], 21 Ekim 2013; burada müdahil olan kuruluşlar Uluslar arası Kamu Hukuku ve Politikaları Grubu, Uluslar arası Af Örgütü, Rus İnsan Hakları STK’sı ‘Memorial’ ve ayrıca Avrupa İnsan Hakları Savunma Merkezi ve Essess Geçici Adalet Ağı ve Açık Toplum Adalet İnisiyatifi (karş. Bkz. Kararın §§ 11 ve 123-126). Janowiec ve Diğerleri davasının detaylı incelemesi için C. Heri’nin bu sayıda yer alan makalesini inceleyebilirsiniz.

31 Karşılaştırma için bkz, diğerlerinin yanı sıra, Bitiyeva ve X ile Rusya, Başvuru Numaraları 57953/00 ve 37392/03, AİHM, 21 Haziran 2007, § 2; Magomadov ve Magomadov ile Rusya, Başvuru Numaraları 68004/01, AİHM, 12 Temmuz 2007, § 2; Turluyeva ile Rusya, Başvuru No. 63638/09, AİHM, 20 Haziran 2013, § 2; Tovbulatova ve Diğerleri ile Rusya, Başvuru Numaraları 26960/06, 27926/06, 6371/09 ve 6382/09, AİHM, 31 Ekim 2013, § 2. Bu davaların tamamında, başvuru AİHM nezdinde STK olan EHRAC/ Memorial İnsan Hakları Merkezi tarafından temsil edilmiştir. Aslakhanova ve Diğerleri ile Rusya davasında, üst not 2, § 2, başvuru STK olan Stichting Rus Adalet İnisiyatifi ve Astreya adlı STK tarafından temsil edilmiştir.

32 Akhmadova ve Sadulayeva ile Rusya, Başvuru No. 40464/02, AİHM, 10 Mayıs 2007, §§ 13, 21 ve 34; Aslakhanova ve Diğerleri ile Rusya, üst not 2, §§ 78-79.

33 Avrupa Konseyi Üye Ülkelerinde Gerçekleştiği İddia Edilen Gizli Tutuklamalar ve Tutukluların Yasadışı Bir Biçimde Devletler Arası Transferi, PACE Bel. 10957, 12 Haziran 2006 (‘2006 tarihli Marty raporu’). Ayrıca bkz. alt not 49.

34 Karşılaştırma için, örn. bkz. Janowiec ve Diğerleri ile Rusya davasına Polonya Devletinin müdahil olması, üst not 30.

35 Karşılaştırma için, Human Rights Watch, *Who Will Tell Me What Happened to My Son? Russia’s Implementation of European Court of Human Rights Judgments on Chechnya*, 27 Eylül 2009, çevrimiçi erişilebilir sayfa <http://www.hrw.org/reports/2009/09/28/who-will-tell-me-what-happened-to-my-son> (ziyaret tarihi 30 Nisan 2014).

36 Karşılaştırma için, Uluslar arası Kızıl Haç Komitesi, *Families of Missing Persons: Responding to their Needs* (2009), çevrimiçi erişilebilir sayfa <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/Russia-publications-300810.htm> (ziyaret tarihi 11 Ocak 2014), alıntılanmış, Aslakhanova ve Diğerleri ile Rusya, üst not 2, § 77.

olguların tesisine katkı sağlayabilmektedir. Söz konusu kaynaklar, tek başına üstesinden gelemeyeceği bir görevde AİHM'e destek olmaktadır.

3. AİHM'nin Kaybetme davalarında Karşılaştığı Temel Sorunlar

Şimdi de, özellikle zorla kaybetme iddialarıyla ilgili olarak AİHM'nin karşılaştığı bazı temel zorluklara ilişkin daha ayrıntılı bir bakış sunacağız. Ancak dikkat edilmelidir ki, bu zorluklar diğer bağlamlarda da ortaya çıksalar dahi, kaybetme davalarında AİHM'nin karar vermesini özellikle zorlaştırmaktadırlar. Dolayısıyla, AİHS ihlali iddialarına itiraz etme devletlerin her türden davada yaygın olarak yaptığı bir şeyse de, kaybetme davaları “davalı devletin işbirliği yapmamasında yeni bir aşama” olarak ortaya çıkan ayrı bir unsuru da içermektedir: Devletin, kendisine isnat edilen edimlerin varlığını dahi inkâr etmesi.³⁷

A. İkinci Derecede Kanıt Testi

Burada vurgulanacak olan ilk zorluk, ulusal düzeyde olgusal tespitlerin olmamasıdır. Tanım itibarıyla, zorla kaybetme, AİHS Madde 5'in (özgürlük ve güvenlik hakkı) ihlaliyle birlikte, mağdurun kendisi tarafından alıkonduğunun devletçe inkârını da beraberinde getirmektedir. Esas ve usul aşamalarında da, devletin mağdurun öldürüldüğünü ve ölümden devletin sorumlu olduğunu inkâr etmesiyle birlikte, Madde 2'nin de ihlalini birçok durumda içermektedir.³⁸ Dolayısıyla, genellikle başvurusuların iddialarını destekleyebilecek ulusal düzeyde herhangi bir olgu tespiti bulunmamaktadır. Tarafların olgulara itiraz ettiği hallerde –ki bu haller kaybetme davalarının ezici çoğunluğunda ortaya çıkmaktadır- AİHM olguları tespit etmek için kendi yöntemlerini bulmak zorunda kalmaktadır.³⁹ Yukarıda belirtildiği gibi, AİHM buna yönelik olarak, ispat yükümlülüğünü bir taraftan diğerine geçirmekten kendi olgusal analizlerini gerçekleştirmeye dek, çeşitli stratejiler kullanmıştır. Ancak tüm bu çabalarına rağmen AİHM, delil toplama konusunda devletin eylemsizliğine dair mutlak bir telafi bulabilmiş değildir.⁴⁰ AİHM, yetersiz olgusal temel üzerinde hareket etmek zorunda olduğu hallerde, sonuç olarak “ikinci derecede kanıtlara” ve usule ilişkin yükümlülüklerin “hükmen” ihlalinin tespitine dayalı olarak hareket etmiştir.⁴¹ İlk bakışta, bu uygulama ikincillik ilkesiyle çelişik gibi görünmektedir. Ancak, ulusal düzeyde alınan kararların lehine yargılama kısıtlamasının da asgari devlet

37 Chernishova ve Vajic, üst not 29, sayfa 62.

38 Jötten, üst not 16, sayfa 137.

39 Keller ve Chernishova, üst not 1, sayfa 238 ve 243.

40 Bkz. yukarıda, Bölüm 2. AİHM, delillerin taraflarca sunulacağı temelinden hareket etmektedir ve tanıkları bunun öncesinde çağırılmaz. Karşılaştırma için, Çakıcı ile Türkiye, üst not 9, § 44; İpek ile Türkiye, Başvuru Numarası 25760/94, AİHM, 17 Şubat 2004, §§ 119-121; AİHM Yargılama Usulleri, Madde A5.

41 Bkz. Çakıcı ile Türkiye, üst not 9, § 85; burada AİHM, başvurusunun devlet tarafından alıkonduğu tank beyanıyla teyit edilen ağabeyinin kimlik kartının ölü bir teröristin üzerinden çıkmasından “çok güçlü çıkarımlar” yapmıştır; Tekdağ ile Türkiye, üst not 20, § 78-82; burada AİHM, ulusal mercilerin kendi aralarında koordineli çalışmaması ve başvurusunun verdiği bilgileri takip etmemiş olmalarıyla ilişkili olarak Madde 2'nin usulen ihlal edilmiş olduğunu tespit etmiştir; Jötten, üst not 16, sayfa 144 ve izleyen sayfalar

işbirliğini gerektireceği savıyla meşruiyet yaratılabilmektedir. AİHM'nin yaklaşımının meşruiyeti, bu nedenle, devletlerin olguların tesisi için çeşitli düzeylerde işbirliği yapmaması ve hatta başvuruçuların ve AİHM'nin bu anlamdaki girişimlerini aktif olarak engellemesi halinde, AİHM'nin devletin iyi niyetle hareket ettiği varsayımını kabul etmesinin beklenemeyeceği gerçeğine dayanmaktadır.⁴² Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi de (AAİHM), benzer sorunlarla karşılaştığında, kaybetme davaları için özel bir ispat yükümlülüğü geliştirmiştir: Devletin zorla kaybetme suçuna dâhli gösterilebiliyorsa ve herhangi bir kaybolma da bu uygulamayla ilişkilendirilebiliyorsa, kaybolma ispatlanmış kabul edilir.⁴³

B. Sükûttan Duvar ve Mağdurların Tanık Beyanları

Bir devletin başat aktörlerinin bir zorla kaybetme vakasının gerçekleştiğini kabul etmemesi halinde, ulusal yetkili merciler, olguların tespitini AİHM için son derece güç hale getiren bir "sükuttan duvar" oluştururlar. Hükümetlerin kayıplara ilişkin kuşatıcı sessizliğine bir örnek olarak El-Masri davası verilebilir.⁴⁴ Burada, davalı Hükümet, eski Makedonya Cumhuriyeti'nde Sn. El-Masri'nin alıkonması konusunda herhangi bir teyit vermeyi reddetmiş ve kendisinin Makedonya yetkili mercileri tarafından hücre hapsinde tutulduğunu ve olağandışı muameleye maruz kaldığını ve bunun AİHS madde 3'ün ihlaline neden olduğu konusundaki iddiaları reddetmiştir.⁴⁵ Bu vakada, AİHM yalnızca ulusal mercilerin değil, aynı zamanda bu mercilerin uluslararası müttetikleri olan Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO) devletlerinin ve Birleşik Devletlerin Merkezi İstihbarat Teşkilatının (CIA) da "sükuttan duvarıyla" karşı karşıya kalmıştır. Tekmil haldeki bu sessizlik, ilgili dönemde Makedonya'nın İçişleri Bakanlığı görevini yapmış olan Sn. H.K.'nin noter onaylı beyanının AİHM'e sunulmasına dek devam etmiştir.⁴⁶ Sn. H.K., Sn. El-Masri'nin Makedonyalı merciler tarafından alıkonduğunu ve CIA'e teslim edildiğini ve bu olayların resmi kayıtlarının bulunduğunu beyan etmiştir. Ancak, Sn. H.K. ifadesinin devamında, "beyanının Sn. El-Masri'nin başvurusu konusunda, açıkça ve yalnızca [Strazburg'daki] Mahkemenin müzakereleri için verildiğini ve şahıslara karşı yürütülecek

42 Jötten, üst not 16, sayfa 133.

43 Velasquez Rodriguez ile Honduras, 29 Temmuz 1988 tarihli karar, AAİHM, §§ 147-148. Zorla kaybetme konusunda AAİHM içtihadı için Bkz., ayrıca, Scovazzi ve Citroni, *The Struggle Against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, üst not 11, sayfa 132-188.

44 El-Masri ile Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti, üst not 11. For the present purposes, the authors assume that Mr El-Masri's secret detention constitutes enforced disappearance (on this, Bkz. § 230 of the judgment). Gizli tutuklama ve zorla kaybetme arasındaki ilişki için, karşılaştırma için bkz. *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development: Joint Study on Global Practices in Relation to Secret Detention in the Context of Countering Terrorism of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism*, BM Bel. A/HRC/13/42, 19 Şubat 2010, §§ 28 ve izleyen sayfalar

45 Madde 3 ihlallerine sıklıkla kaybedilmenin doğrudan kurbanının yakınlarıyla ilgili olarak rastlansa da, AİHM doğrudan kurbanın kendisiyle ilgili olarak Madde 3 ihlali tespiti yapmaz çünkü bu kişiler için "makul şüphenin ötesinde" kanıt standardı geçerlidir (karşılaştırma için bkz Cakici ile Türkiye, üst not 9, §§ 88-99).

46 *El-Masri ile Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti*, üst not 11, §§ 74 ve 161.

herhangi bir soruşturmanın amacına yönelik kullanılamayacağını” belirtmiştir.⁴⁷ Davalı hükümet, başvurucunun iddialarını ve Sn. H.K.’nin bahsettiği kayıtların varlığını inkâr etmeye devam etmiştir.⁴⁸ Böylelikle Hükümet, Sn. H.K. tarafından verilen yeminli tanık beyanının halihazırda aşındırdığı sessizlikte ısrar etmiştir. Söz konusu beyanın öncesinde uluslararası düzeyde önemli bir desteğin varlığı da belirtilmelidir: Sn. H.K. ancak Avrupa Konseyi’nin “Marty Raporu” ve Avrupa Parlamentosu tarafından “Fava Soruşturması” yayımlandıktan ve davanın uluslararası boyutta dikkat çekmesinden ve Sn. El-Masri’nin de Strazburg’a başvurusunu iletmesinden sekiz ay sonra ortaya çıkmıştır.⁴⁹ Bu durum “sükuttan bir duvarın” önemli olduğunu ve bireylerin de bunu kırma konusundaki çekimserliğini ortaya koymaktadır.

AİHM Sn. H.K.’nin beyanını değerlendirmeye alırken, Uluslararası Adalet Divanı’nın Nikaragua davasında (eski) hükümet yetkililerinin beyanları konusunda, söz konusu beyanların ilgili devletlerin çıkarlarına aykırı olduğu durumlarda arz ettikleri delil ağırlığının arttığı yönündeki hükmüne atıfta bulunmuştur.⁵⁰ Dava için arz ettiği bu öneme rağmen söz konusu beyanın delil olarak kullanılması birçok soruyu beraberinde getirmişti, zira Sn. H.K.’nin iddiaları davaya ilişkin suç duyurusunun ulusal mahkemece reddedilmesinden sonra yapılmış ve iddiaların davalı devlet ve AİHM tarafından test edilmesi mümkün değildi.⁵¹ Beyanın sahibinin beyanın kullanımını yalnızca Strazburg mahkemesinde görülen davayla sınırlamış olması ise, bu beyanın esas alınarak Makedonya’da ulusal düzeyde etkili bir hüküm oluşması potansiyelini engellemiştir. H.K.’ın koyduğu bu sınırlama, AİHM’e sunduğu beyan yüzünden kendisinden intikam alınması riskinin oluşabileceğini düşünmesinden kaynaklanmış olabilir.

İntikam alınması riskinin ortaya çıkması, tanık korumasına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Sn. H.K.’nin beyanı, başvurucunun talebi üzerine AİHM’nin hükmüne dahil edildiğinde kamusal hale gelmiştir. Bu noktada, AİHM Sn. H.K.’nin tanık olarak dinlenip dinlenmeyeceği şeklindeki zor bir meseleyle karşı karşıya kalmıştır. AİHM şayet bunu yaparsa, tanığın beyanının onun için getireceği riskle nasıl başa çıkabilecektir? Tanıkları içeren bu ve bunun gibi kamuoyunca bilinen kaybetme davalarında, AİHM beyanın hem öncesi hem de sonrasında tanıkların güvenliğini garanti altına almak için önlemler almalıdır. Bu koşullar altında, AİHM çok ciddi bir tanık koruma sorunuyla karşı karşıya kalmaktadır. AİHM’nin tanıkları, ve hatta öncesinden başvurucuları korumak

47 *A.g.e.*, § 74.

48 *A.g.e.*, §§ 150 ve 154.

49 2006 tarihli Marty raporu, üst not 33; Avrupa Konseyi Üye Ülkelerinde Gerçekleşen Gizli Tutuklamalar ve Tutukluların Yasadışı Transferi: İkinci Rapor, PACE Bel. 11302 rev., 11 Haziran 2007 (‘2007 tarihli Marty Raporu’); Avrupa ülkelerinin CIA tarafından tutukluların taşınması ve yasadışı alıkonması için kullanılması hakkında nihai rapor, Avrupa Parlamentosu, Bel. A6-0020/2007, 30 Ocak 2007; Bkz. *El-Masri ile Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti*, üst not 11, §§ 42-54.

50 *El-Masri ile Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti*, üst not 11, § 163, Nikaragua’da ve Nikaragua devletine karşı Askeri ve Paramiliter Faaliyetlere atfen (Nikaragua ile Amerika Birleşik Devletleri), ICJ Raporları (1986) 14, § 64.

51 *El-Masri ile Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti*, üst not 11, §§ 161-164.

amacıyla ara tedbirler alması faydalı olacaktır.⁵² Kaybetme davalarında devletin tanıkları ve başvuruçuları yıldırıma yönelik girişimlerini engellemek için sürekli geçici önlem emirleri veren Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı, bu bağlamda bilgilendiricidir.⁵³

Bu bağlamda Tekdağ ile Türkiye arasındaki dava ilginç bir örnek olarak gösterilebilir. Kaybolma vakasının mağduru olduğu iddia edilen şahsın eşi olan başvuruçusu, alıkoyanlar arasında çalışan bir şahsın, eşinin devlet tarafından alındığına şahit olduğunu söylediği bir beyan vermiştir. Başvuruçusu ayrıca, tümü de tanık beyanı vermekten korkan benzer tanıkların olduğunu iddia etmiştir.⁵⁴ Böyle bir kaygının meşruiyetinin olabileceği söylenebilir: Eşinin kaybolmasından sonra ortaya çıkan tek tanık da izleyen aylar içinde kaybolmuştur ve AİHM'nin karar verdiği zamanlarda kendisinin akıbeti yaklaşık dokuz yıl boyunca bilinmemiştir.⁵⁵ Sonuç olarak, başvuruçusu yalnızca ikinci dereceden kanıt sunabildiğinden, eşinin devlet yetkilileri tarafından alıkondüğünü kanıtlayamamış ve AİHS'nin 5. Maddesinin veya bununla beraber AİHS'nin 2. Maddesinin ihlal edildiği tespit edilememiştir.⁵⁶ Tekdağ kararından bir yıl sonra, Türkiye aleyhine verilen diğer iki kararda, AİHM kaybetme davalarında başvuruçuların yaşadığı zorluklarla mücadele etme

52 AİHM, Yargılama Usulleri Madde 39 uyarınca, yakın bir geri dönüşsüz zarar riskine karşı gerekli gördüğü hallerde geçici tedbirler alıdırabilme yetkisine sahiptir (*Mamatkulov ve Askarov ile Türkiye*, Başvuru No. 46827/99 ve 46951/99, AİHM, 4 Şubat 2005, § 104).

53 Örneğin, karşılaştırma için bkz, AAİHM tarafından verilmiş geçici önlem emirleri, Blake ile Guatemala (Blake ile Guatemala, 24 Ocak 1998 tarihli kararda özetlenmiştir, AAİHM, §§ 36-42); 'White Van' (Paniagua-Morales vd.) ile Guatemala, (geçici önlemler) 10 Şubat 1998 tarihli emir; (geçici önlemler) 19 Haziran 1998 tarihli emir; (geçici önlemler) 27 Kasım 1998 tarihli emir. AAİHM tarafından genel olarak verilen geçici koruma tedbirlerine ilişkin, ayrıca bkz C. Burbano-Herrera, Provisional Measures in the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (Intersentia, 2010), özellikle sayfa 86 ve izleyen sayfalar ve 117 ve izleyen sayfalar; J.M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights* (2. baskı., Cambridge University Press, 2013), sayfa 251 ve izleyen sayfalar. Yazarlar her ne kadar tanıkların veya kaybedilen şahsın ailesinin korunması için AİHM'nin geçici tedbir kararı verdiği herhangi bir kaybetme davasının (ancak bazı örnekler bulunmaktadır, örneğin: Turluyeva ile Rusya, Başvuru No. 63638/09, AİHM, 20 Haziran 2013; veya Aliyev ve Gadzhiev ile Rusya, Başvuru No. 11059/12, AİHM, 6 Haziran 2012 iletilen dava; burada da Madde 39'u uygulama kararı almış ve diğer bazı davalarda da Madde 39'u kaybedilen şahsa ilişkin bilgi edinmek amacıyla uygulamıştır (Shabazova ile Rusya, Başvuru No. 4023/05, AİHM, 2 Nisan 2009 tarihli karar)) bilgisine sahip olmasa da, Bitiyeva ve X. ile Rusya gibi, AİHM'nin, annesinin bir grup silahlı şahıs tarafından öldürülmesinden sonra Çeçen makamları tarafından tehdit edildiğini iddia eden bir başvuruçusu lehine, başvuruçusu yeniden Strazburg'a başvurduğunda geçici tedbir kararı verdiği bazı durumlar bulunmaktadır ve şu halde AİHM'nin kaybetme davalarında da koruma tedbiri verebildiği sonucuna varılabilir (Bitiyeva ve X. ile Rusya, üst not 31). Karşılaştırma için bkz H. Keller ve C. Marti, 'Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee ve the European Court of Human Rights', 73 Heidelberg Journal of International Law (2013) 325, sayfa 355-356.

54 *Tekdağ ile Türkiye*, üst not 20, § 14.

55 *A.g.e.*, § 65.

56 *A.g.e.*, §§ 77 ve 90-91.

konusunda, benzer koşullar altında ispat yükümlülüğüne yönelik yaklaşımını değiştirmek suretiyle girişimde bulunmuştur.⁵⁷

Birçok zorla kaybetme davasında AİHM'nin devlet tarafından sağlanan bilgilerle ilgili yaşadığı temel sorun, bu bilgilerin delil niteliğiyle ilgili olmayıp, bunun yerine davalı Hükümetin en başta böyle bir bilgiyi vermemesiyle ilgilidir: Birçok vakada, devletler asli belgeleri AİHM'ne vermemiştir.⁵⁸ Bu davalarda devlet mercilerinin AİHM'nin önüne çektiği "sükuttan duvar", aynı şekilde olguların inkarıyla devam etmekte olup bu da zorla kaybetme vakalarının belirleyici bir unsurunu teşkil etmektedir. Devlet mercilerinin bu eğilimi, devletlerin AİHM ile işbirliği yapmayı reddetmesi yönünden AİHS 38 (1) (a) maddesinin ihlalinin tespitiyle sonuçlanabilir.⁵⁹ Söz konusu madde hükmü, imzacı devletlerin AİHM "başvuruların incelenmesine yönelik ister olgu tespiti araştırması yapıyor olsun, ister genel görevlerini yerine getiriyor olsun", AİHM tarafından davanın incelenmesi için "gereken her türlü imkânı sunmasını" öngörmektedir.⁶⁰ Örneğin, Janowiec ve diğerleri ile Rusya arasındaki davada, Rus Hükümeti Katyn katliamı soruşturmasının durdurulmasına ilişkin ulusal mahkeme kararının bir nüshasını vermeyi gizli belge sınıfında olduğu iddiasıyla reddetmiştir.⁶¹ Yüce Divan hükmünde, AİHM "usulü yalnızca kendisinin belirleyebileceğini" ve "davanın görülmesinde hangi delile ihtiyaç duyduğunu ancak kendisinin belirleyebileceğini" ve devletlerin kendi yetkileri çerçevesinde bu delilleri sunmak zorunda olduğunu belirtmiştir.⁶² Devletlerin AİHM'ne, olguların tespitine yarayacak bilgileri vermeyi reddetmesi, kaybetme davalarında Madde 38(1)(a)'nın ihlal edildiğinin sürekli olarak tespit edilmesiyle sonuçlanmıştır.⁶³ Konu madde hükmüne dayalı olarak, AİHM, bir devletin, AİHM'nin bir başvuruyu tam ve etkin bir biçimde değerlendirmesini sağlamak adına gereken tüm imkanları sağlamaması halinde, bunun yalnızca "başvurucunun iddialarının iyi temellendirilmiş olduğuna dair

57 Akkum ve Diğerleri ile Türkiye, Başvuru No. 21894/93, AİHM, 24 March 2005, § 211, ve Toğcu ile Türkiye, Başvuru No. 27601/95, AİHM, 31 Mayıs 2005, § 95. Ayrıca bkz. Keller ve Chernishova, üst not 1, sayfa 243.

58 Jötten, üst not 16, sayfa 234, özellikle dipnot 482, alıntı *Aytemin ile Türkiye*, Başvuru No. 22880/ 93, 18 Eylül 1997 tarihli Komisyon Raporu, § 77; *Menteş ve Diğerleri ile Türkiye*, Başvuru No. 23186/94, 7 Mart 1996 tarihli Komisyon Raporu, § 145; *Selkuc ve Asker ile Türkiye*, Başvuru No. 23184/94 ve 23185/94, 28 Kasım 1996 tarihli Komisyon Raporu, § 145.

59 Madde 38 AİHS, Protokol 11 ile 11 Mayıs 1994 tarihinde değişikliğe uğramış.

60 Janowiec ve Diğerleri ile Rusya, üst not 30, §§ 190 ve 202.

61 *A.g.e.*, § 207.

62 *A.g.e.*, § 104

63 Bkz., ayrıca, *Khamila Isayeva ile Rusya*, Başvuru No. 6846/02, AİHM, 15 Kasım 2007, §168-175; *Tanısva ve Diğerleri ile Türkiye*, üst not 26; *Shakhgiriyeve ve Diğerleri ile Rusya*, Başvuru No. 27251/03, AİHM, 8 Ocak 2009, §§ 134-140.

çıkarsamaların yapılmasına” değil, aynı zamanda söz konusu devletin AİHS Madde 38’e riayetinin de “olumsuz olarak yansımaya” yol açabileceğini tespit etmiştir.⁶⁴

C. AİHM’de Görülen Davaların Altını Oyma Konusundaki Aktif Girişimler

Devlet mercilerinin yarattığı “sükuttan duvar”, devletlerin zorla kaybetme vakalarında AİHM’de görülen davaların nasıl altını oymaya çalıştıklarının örneklerinden yalnızca bir tanesidir. Bu olayların açığa çıkmasını önlemek için bazı devletler sessizliklerini korumanın da ötesinde, Strazburg’daki davaları aktif bir biçimde engellemeye de çalışmaktadır. Bu gibi deneyimler, AİHM’nin devletin insan haklarına iyi niyetle riayet ettiği konusuna bel bağlayamayacağı anlamına gelmektedir. AİHM’nin bu tür davranışlarına örneklerden biri Tahsin Acar davasıdır. Söz konusu davada, dostane bir mutabakata varılmasına yönelik başarısız bir girişim sonrasında, Türkiye Hükümeti tek taraflı olarak, başvurunun ağabeyinin kaybolmasını araştıracağını ve başvurucuya nezaketen tazminat ödeyeceğini beyan etmiştir.⁶⁵ Hükümet daha sonra, bu beyana dayalı olarak, davanın AİHM dava listesinden çıkarılmasını talep etmiş ve Divan da 9 Nisan 2002 tarihinde bu talebi kabul etmiştir.⁶⁶ Başvurucu davayı Yüce Divan’a götürmüş ve – söz konusu beyan suçun herhangi bir biçimde kabulünü veya konuya ilişkin AİHS gerekliliklerine tam uygunluk sağlayacak bir soruşturma yürütüleceğine ilişkin bir taahhüdü içermediğinden – bu beyanın davanın devam etmemesi yönünde esasa ilişkin karar verilmesi için yeterli olmadığını savunmuştur.⁶⁷ Yüce Divan, başvurunun savlarını kabul etmiş, davayı esastan görüşmeye karar vermiş ve daha sonra usule ilişkin olarak Madde 2’nin ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁶⁸ Bu durum, AİHM’nin, AİHS organları tarafından sıkı bir biçimde süpervizyon uygulanmadığı bir durumda bir devletin AİHS standartlarına uygun bir soruşturma yürüteceğine inanma konusundaki⁶⁹ isteksizliğini yansıtan bir durum olup, söz konusu isteksizlik, Türkiye’nin AİHM’de görülen zorla kaybetme davalarına karşı tutumu düşünüldüğünde son derece anlaşılabilir. Bu dava, devletlerin kaybolmaları halının altına süpürme tehlikesinin aynı zamanda dostane mutabakat ve tek taraflı beyan durumlarında da geçerli olduğunu ortaya koymaktadır.

64 Janowiec ve Diğerleri ile Rusya, üst not 30, alıntı Tahsin Acar ile Türkiye, Başvuru No. 26307/95, AİHM [GC] 8 Nisan 2004, §§ 253-254; Timurtaş ile Türkiye, Başvuru No. 23531/94, AİHM, 13 Haziran 2000, §§ 66 ve 70, ve Tanrıkulu ile Türkiye, üst not 9, § 70.

65 *Tahsin Acar ile Türkiye*, Başvuru No. 26307/95, AİHM, 9 Nisan 2002, §§ 20 ve 58.

66 *A.g.e.*, § 66.

67 *Tahsin Acar ile Türkiye*, Başvuru No. 26307/95, AİHM [GC], 6 Mayıs 2003, §§ 83-86.

68 *A.g.e.*, §§ 86 ve 234.

69 AİHS Madde 1 ile birlikte Madde 2 ve 3 uyarınca, AİHM devletlere soruşturma yükümlülüğü yükleyen ayrıntılı koşullar geliştirmiştir. Konu hükümlerin usule ilişkin tarafları, resmi ve bağımsız bir soruşturmanın yapılmasını gerektirmekte olup bu soruşturma, iddia edilen ihlaller konusunda “sorumlu olanların tespitinde ve cezalandırmasında” yetkinlik arz etmelidir (*Assenov ve Diğerleri ile Bulgaristan*, Başvuru No. 24760/94, AİHM, 28 Ekim 1998, § 102; *El-Masri ile Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti*, üst not 11, § 182-185, ve diğer atıflar).

Türkiye'yi ilgilendiren kaybetme davaları, aynı zamanda devletlerin Strazburg davalarını engellemek için gerçekleri çarpıtma ve üstünü örtme yöntemlerine başvurma kabiliyetlerinin olduğunu da göstermiştir. Örneğin, yukarıda bahsedilen Tekdağ davasında, Türkiye kaybolan şahsın “kimliğini değiştirdiğini ve muhtemelen PKK'ye [Kürdistan İşçi Partisi] katıldığını” iddia etmiştir.⁷⁰ Olayların bu şekilde çarpıtılması, tıpkı Rus Hükümetinin Janowiec ve Diğerleri davası öncesindeki resmi açıklamalarında uzun bir süre Katyn katliamını kendi birliklerinin değil Nazilerin yaptığı şeklinde olayları çarpıtması gibi, diğer kaybetme davalarındaki kemikleşmiş inkârla özdeştir.⁷¹ Devletlerin bireysel başvuruları bir diğer engelleme yöntemi, henüz etkin kılınmamış iç hukuk çarelerinin tüketilmediği gerekçesiyle AİHM'nin yargılama yetkisine itiraz etme yöntemidir; söz konusu çarelerin, ise başvurucular lehine herhangi bir sonuç verebilecek ya da herhangi bir sonuca ulaşabilecek çareler olma ihtimali düşüktür.⁷² Son olarak, devletler kaybetme davalarında başvurucuları yıldırma girişimlerinde de bulunmuşlardır. İlgili olarak, AİHM, “AİHM'ne başvuru yapmaktan merciler tarafından, doğrudan veya dolaylı girişimlerle başvurucuları caydıracak biçimde baskı altında bırakılmamasını” öngören AİHS Madde 34'ün defalarca ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁷³ Kısacası, devletler bu davalarda yalnızca “sükuttan bir duvar” örmekle kalmamakta, aynı zamanda davaları aktif bir biçimde engellemeye de çalışmaktadır.

Bu tür taktiklere karşı bir savunma olarak, tarafların mahkeme önündeki işbirliği görevlerini AİHM'nin yargılama usulleri somut olarak ortaya koymaktadır. Taraflar, “adaletin yerini bulması için Mahkemenin şart koşacağı önlemleri ellerinden geldiği ölçüde almak zorundadır”.⁷⁴ Bu önlemlere ayrıca “Mahkeme istediği zaman delil göstermek veya bilgi sağlamak” da dâhil olup, taraf devletin buna uymaması halinde “Mahkeme uygun gördüğü hallerde çıkarsamalar yapabilir”.⁷⁵ Bu da yukarıda bahsi geçen ispat yükümlülüğünün bir taraftan diğerine geçirilmesini akla getirmektedir. Tarafların temsilcileri tarafından “kötüye kullanan, manasız, zarar verme kastı güden, yanlış yönlendirici veya sonu gelmeyen belgeler” sunulması durumunda, Divan Başkanı, AİHM Yargılama Usulleri uyarınca, söz konusu temsilciyi “dava dışında bırakabilir, sunulan belgelerin tümünü veya bir kısmını reddedebilir veya uygun gördüğü başka bir karar

70 Tekdağ ile Türkiye, üst not 20, § 54.

71 Janowiec ve Diğerleri ile Rusya, üst not 30, §73, 116, 183.

72 Bkz. Rusya Hükümetinin Aslakhanova ve Diğerleri ile Rusya arasındaki davaya ilişkin ön itirazı, üst not 2, § 86. AİHM bunun üzerine, bu davayla ilgili derin sistematik sorunlar olduğu kararına varmıştır (§§ 222-237).

73 Shamayev ve Diğerleri ile Georgia ve Rusya, Başvuru No. 36378/02, AİHM, 12 Nisan 2005, § 471, alıntı Kurt ile Türkiye, Başvuru No. 24276/94, AİHM, 25 Mayıs 1998, §§ 159-160; Akdeniz ve Diğerleri ile Türkiye, Başvuru No. 23954/94, AİHM, 31 Mayıs 2001, §§ 118-121. Genel olarak, karşılaştırma Chernishova ve Vajic, üst not 29, sayfa 50-52 ve 62-63.

74 Madde 44A, 1 Temmuz 2013 tarihli AİHM Yargılama Usulleri.

75 Madde 44C, bent 2, 1 Temmuz 2013 tarihli AİHM Yargılama Usulleri.

verebilir".⁷⁶ AİHM ayrıca Yargılama Usulleri 39. Maddesi uyarınca, suskun kalan bir devletten bilgi almak için bazı ara tedbirleri de daha önce başarıyla uygulamıştır.⁷⁷

Bu bağlamda, devletlerin kendi usul yükümlülüklerinden azlolduğu olumlu örneklerin varlığından da bahsetmek gerekir. Örneğin, başvurunun Bosna Hersek'teki savaş esnasında karşıt güçlerle müzakere yapıldığı dönemde askeri komutan olarak görev yapan eşinin kaybolmasına ilişkin açılan Palic ile Bosna Hersek arasındaki davada, AİHM devletin zorla kaybetmelere ve mağdurların ailelerinin tazminine ilişkin aldığı önlemleri incelemiştir. Palic davasında kaybolmadan sorumlu olan şahıslar yargılanmamış olmasına rağmen, AİHM bunun nesnel nedenlerinin olduğunu tespit etmiştir. AİHM ayrıca, başvurunun eşinin cenazesine ulaşılmasını sağlayan bir soruşturma yürütmek suretiyle devletin AİHS uyarınca yükümlülüğünden azlolduğunu tespit etmiştir.⁷⁸ AİHM, söz konusu usule ilişkin yükümlülüklerin sonuçla ilgili değil, araçlarla ilgili olduğunu ve soruşturmadaki gecikmenin de savaş nedeniyle ortaya çıkan karışıklıktan ötürü yaşandığını belirtmiştir.⁷⁹ Ulusal mahkeme yargıcı ve Divan Başkanı, güçlü bir karşı oyla, çabukluğu bakımından bu soruşturmanın AİHS standartlarını karşıladığı sonucuna itiraz etmiştir.⁸⁰ Ancak bu dava, bir devletin kendi yükümlülüklerini azletmek için önlemler alması ve kaybedilmeyle mücadele yönünde yeterli usulleri sağlaması konusunda olumlu bir örnek olmaya devam etmektedir. İleride, özellikle hükümet ve bölge değişikliği geçirmiş olan ve eski rejimlerin işlediği insan hakları ihlallerini inceleme konusunda güçlü bir iradeye sahip olan bu gibi yeni Avrupa Konseyi üyelerinden benzer diğer örnekler gelebilir.

D. AİHM Kararlarının Uygulanmaması

Bir diğer zorluk kaynağı da, AİHM'nin kararlarının uygulanması esnasında görülmektedir. AİHS'nin 46(1) Maddesi imzacı devletlerin "taraf oldukları herhangi bir davada Mahkemenin nihai kararına uymaları" gerektiğini öngördüğü halde, Hükümetlerin kaybedilmeleri kabul etme konusundaki isteksizliği sıklıkla AİHM'nin ihlal kararlarının uygulanmaması anlamına gelmekte olup, ulusal merciler de ülke içinde kararların uygulanmasını reddeden "baltalayıcı itiraz edenler" rolünü üstlenmektedir. Uygulama sorunları hiçbir biçimde kaybetme davalarına özgü olmasa da, bu bağlamda, özellikle de Çeçenistan'daki kaybedilmeler bağlamında çok daha büyük bir sıkıntıdır.⁸¹

76 Madde 44D, 1 Temmuz 2013 tarihli AİHM Yargılama Usulleri.

77 *Shabazova ile Rusya*, üst not 53.

78 *Palic ile Bosna Hersek*, üst not 11, §§ 62-71.

79 A.g.e., §§ 65, 70.

80 A.g.e., Yargıçlar Bratza ve Vehabovic, birlikte sundukları Kısmi Muhalefet Şerhinde, "soruşturmada gerçekleşen ciddi gecikmeleri ve ayrıca yetkili mercilerin açık bulgulara ve ulusal tahkim kararlarına rağmen neredeyse pasif kaldıkları gerçeğini görmezden gelediklerini" belirtmiştir.

81 Karşılaştırma için bkz Human Rights Watch, üst not 35, sayfa 1, ve J. Lapitskaya, 'EHCR, Russia and Chechnya: Two is Not Company ve Three is Definitely a Crowd', 43 *International Law and Politics* (2011)

Kaybetme davalarının bir özelliği, AİHM'nin kararlarının uygulanması için gereken bir dizi önlemlerde kendini göstermektedir. AİHM 2012'de kaybedilmelere dikkat çekmek için özel önlemler belirtme konusunda yetkisini ilk kez kullandığından bu yana, devletlerin kaybetme davalarındaki kararları uygulamak için genel ve tekil önlemler alma gerekliliği bulunmaktadır.⁸² Ancak, devletler tazminatları genellikle hızlıca öderken, genel önlemleri alma konusunda o kadar çabuk davranmamaktadır. Buna bir örnek, Çeçenistan'da Rus ajanları tarafından gerçekleştirilen kaybedilmelerle ilgili davalarda görülmektedir. Rusya, AİHM tarafından hükmedilen tazminatları genellikle ödemiş ancak kaybedilmeler konusunda etkin soruşturmaları engeller biçimde, ulusal düzeydeki yapısal sorunları çözmemiştir. 2011 yılında, AİHM kararlarının uygulanmasına ilişkin bir raporda, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, bu durumun Strazburg'da mükerrer kararların alınması haline neden olan, imzacı devletlerin tutumundaki dört adet "sisteme ilişkin majör yetersizlikten" biri olduğuna işaret etmiştir.⁸³ 2012 yılında, Aslakhanova ve Diğerleri ile Rusya arasındaki davada, AİHM açık bir biçimde Çeçenistan'da gerçekleştiği iddia edilen kaybedilmelere dair Rusya'nın yürüttüğü soruşturmalardaki "sisteme ilişkin işlev bozukluğuna" çare olması için bir dizi önlem önermiştir.⁸⁴ Pilot karar işlevi görmesi için alınmış bu kararlar birlikte, AİHM bir kaybetme davasında özel soruşturma önlemleri alınmasını emretmiştir.⁸⁵ Kararın etkisi henüz değerlendirilmemiş olup, Bakanlar Konseyinin söz konusu önlemlerin uygulanmasını izleme deneyimleri, kötümser beklentileri bir hayli destekler vaziyettedir.⁸⁶ Örneğin, Türkiye'de Kıbrıs ile Türkiye arasındaki davaya ilişkin 2001 tarihli kararın ve diğer benzer kararların uygulanması için alınması gereken önlemler 2012 itibariyle bile tümüyle uygulanmış değildir.⁸⁷

4. Sonuçlar

Yukarıda bahsi geçen zorluklar, sadece kaybetme davalarına özgü değildir. Ancak, bilhassa bu bağlamda güçlü etkileri bulunmaktadır ve bu nedenle Strazburg cephesinde özellikle ciddi bir sorun arz etmektedir. Devletler, iyi niyet çerçevesinde AİHS yükümlülüklerini etkin kılmadıklarından dolayı zorla kaybetme konulu Strazburg davalarındaki süreçleri, AİHM'ne karşı "sükût duvarını" korudukları ve olguları reddettikleri veya bireysel başvuruları aktif bir biçimde baltalamaya çalıştıkları, yahut AİHM kararlarını uygulamadıkları için zorlaştırmaktadır. Olguların tespiti ve zorla

479, sayfa 480; *AİHM Kararlarının Uygulanması*, PACE Kararı 1787 (2011), *Aslakhanova ve Diğerleri ile Rusya* kararında alıntılanmıştır, üst not 2, § 73.

82 Keller ve Chernishova, üst not 1, sayfa 247, alıntı *Varnava ve Diğerleri ile Türkiye*, üst not 8, § 222. Kaybetme davalarında uygulanan telafi önlemlerinin ayrıntılı bir değerlendirmesi için, S. Fulton'ın *Derginin* bu sayısındaki makalesi incelenebilir.

83 *AİHM Kararlarının Uygulanması*, üst not 81, § 73.

84 *Aslakhanova ve Diğerleri ile Rusya*, üst not 2, §§ 238 ve 222-237.

85 Keller ve Chernishova, üst not 1, sayfa 247.

86 *A.g.e.*, sayfa 247.

87 *Karar davaları No. 20* – Kıbrıs ile Türkiye, CM/Del/OJ/DH(2013)1186/20, 2 Aralık 2013. Ayrıca bkz. Keller ve Chernishova, üst not 1, sayfa 247.

kaybetme vakalarının etkin bir biçimde soruşturulmasını zorlaştırarak, devletler AİHM'nin bu gibi davaların başvuruçularına tazminat tesis etmesini de son derece güç hale getirmektedir. AİHM bu sorunla başa çıkmak için çeşitli araçlar kullanmış ve imzacı devletlerin işbirliği yapmaması hallerine karşı giderek daha ısrarcı bir tutum benimsemeye başlamıştır. Bunun işaretleri de, bağımsız olgu tespiti kullanımı ve ispat standardı için özel ve yeni bir yaklaşım geliştirmesinde görülebilir. AİHS Madde 38, ulusal mercilerin bireysel adalet arayışına engel olma girişimine karşı ek bir savunma teşkil etmektedir. Son olarak, AİHM diğer hükümetler arası aktörler ve STK'lardan olgulara dair bilgiler almaktadır. Ancak AİHM'nin bu çabaları, devletlerin iyi niyet çerçevesinde AİHS yükümlülüklerini etkin kılma konusunda istekli olmasının yerini tutmamaktadır. İlgili olayların inkârı, zorla kaybetmenin tanımlayıcı bir unsuru olduğundan, sorumlu devletlerin bu konudaki tutumunun değişmesi ihtimal dâhilinde görülmemektedir. AİHM gibi insan hakları kurumları zorla kaybetmelere ilişkin yargılamanın ayrılmaz bir parçası ve bireysel sorumluluğun belirlenmesinde tamamlayıcı olduğu için, kaybetme davalarında bireysel başvuruçulara tazminat verilmesinin sağlanmasında AİHM'nin stratejilerinin sürekli olarak güçlendirilmesi özellikle önemlidir. Karar öncesi aşamada, AİHM başvuruçulara, tanıklara ve yıldırma veya zarara maruz kalabilecek diğer şahıslara geçici koruma vererek mevcut mekanizmalarından bir tanesini kullanabilir. Bu da, kaybedilmiş şahıslar hakkında bilgi toplama konusunda etkinliği kanıtlanmış bir yaklaşımdır.⁸⁸ AİHM ve Avrupa Konseyi'nin bir bütün olarak konumu ayrıca kararların uygulanmamasında yaptırım uygulayan mekanizmalara daha fazla "yakıcılık" kazandırılarak ve var olan mekanizmaların tüm yöntemlerinin kullanılması sağlanarak güçlendirilebilir. Son tahlilde, buna sürekli olarak "baltalayıcı bir biçimde itiraz eden" devletlerin Avrupa Konseyi üyeliklerinin durdurulmasına ilişkin yaptırımlar da dâhil edilebilir.⁸⁹ AİHM ayrıca, devletlerin gereken bilgileri vermeyi reddetmesi halinde, AİHS ihlallerini tespit etmek amacıyla 38(1)(a) Maddesini daha sık bir biçimde dayanak gösterebilir.

* LLM (Bruges), Dr.iur (Zürich), Profesör, Kamu Hukuku, Avrupa ve Uluslararası Kamu Hukuku, Hukuk Fakültesi, Zürich Üniversitesi; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hakimi.

** Doktora adayı ve araştırma görevlisi, Hukuk Fakültesi, Zürich Üniversitesi. [corina.heri@uzh.ch]

Bu makale, Zorla Kaybetmeye İlişkin Antonio Cassese Çalıştayı'nda, Uluslararası Hukuk Kapsamında Hesap Verebilirlik Konusundaki Zorluklar adı altında yazarların yaptıkları sunum üzerinden yazılmıştır (Avrupa Üniversitesi Enstitüsü, San Domenico di Fiesole, 25 Ekim 2013). Burada ifade edilen görüşler, yalnızca yazarlara aittir.

88 Bkz. *Shabazova ile Rusya*, üst not 53.

89 Avrupa Konseyi Kuruluş Yasası, Madde 8, Londra, 5 Mayıs 1949, ETS 001, yürürlük tarihi: 3 Ağustos 1949, 47 taraf devlet. Ayrıca bkz. E. Lambert Abdelgawad, "The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive ve Participatory Model of Accountability", 69 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2009) 471, sayfa 492 ve izleyen sayfalar