



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

BÜYÜK DAİRE

HANAN / ALMANYA DAVASI

(Başvuru no. 4871/16)

KARAR

Madde 1 • Sınır ötesi silahlı çatışmalarda aktif çatışmalar sırasında emredilen hava saldırısı nedeniyle yaşanan sivil ölümlerini soruşturma yükümlülüğünü içeren yargı bağlantısı • Bağlantı kuran “özel özelliklerin” varlığı: ciddi suçlarla ilgili olarak Almanya’nın birlikleri üzerinde münhasır yargı yetkisi ve uluslararası insani hukuk (UİH) ve iç hukuk kapsamında soruşturma yükümlülüğü • Hukuki nedenlerle Afgan makamlarının soruşturma başlatmasının engellenmesi

Madde 2 (usul) • Soruşturmanın yeterliliği, çabukluğu, makul bir hızda yürütülmesi ve bağımsızlığı • Uluslararası İnsani Hukuk ile 2. Madde arasında esasa ilişkin normatif bir çatışmanın olmaması • Ölümcül güç kullanımının hukukiliğini belirlemek için eksiksiz ve güvenilir bir şekilde ortaya konan olgular • yakın akrabaların katılımı ve kamu denetimi • Soruşturmanın etkililiğine itiraz edilebilecek hukuk yolunun varlığı

STRAZBURG

16 Şubat 2021

İşbu karar kesinleşmiş olup; bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2023. Bu gayriresmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Hanan / Türkiye davasında,

Başkan,

Jon Fridrik Kjølbro,

Hakimler,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Ksenija Turković,

Paul Lemmens,

Yonko Grozev,

Helen Keller,

Ales Pejchal,

Faris Vehabović,

Carlo Ranzoni,

Martiņš Mits,

Tim Eicke,

Letif Hüseyinov,

Lado Chanturia,

Arnfinn Bårdsen,

Erik Wennerström,

Saadet Yüksel,

Anja Seibert-Fohr

ve *Büyük Daire Yazı İşleri Müdürü Yardımcısı* Johan Callewaert'in

katılımlarıyla Büyük Daire düzeninde toplanan Avrupa İnsan Hakları

Dairesi

26 Şubat 2020 ve 2 Aralık 2020 tarihlerinde yapılan kapalı müzakereler sonucunda,

En son toplanılan tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Federal Almanya Cumhuriyeti aleyhine açılan davanın temelinde bir Afgan vatandaşı olan Abdul Hanan'ın ("başvuran") Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ("Mahkeme"), İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, 13 Ocak 2016 tarihinde yapmış olduğu (4871/16 no.lu) başvuru bulunmaktadır.

2. Başvuran, Mahkeme önünde, Berlin’de çalışan W. Kaleck tarafından temsil edilmiştir. Alman Hükümeti ("Hükümet"), Federal Adalet ve Tüketicinin Korunması Bakanlığında çalışan iki temsilci olan, A. Wittling-Vogel ve N. Wenzel tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, 4 Eylül 2009 tarihinde Afganistan’ın *Kunduz* kenti yakınlarında, aralarında başvuranın iki oğlunun da bulunduğu kişilerin ölümüne neden olan bir hava saldırısına ilişkin olarak, Sözleşme’nin 2. maddesinin usule ilişkin bölümünün gerektirdiği üzere, davalı Devletin etkili bir soruşturma yürütmediğini iddia etmiştir. Başvuran, Sözleşme’nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak 13. maddesine dayanarak, Alman Federal Başsavcılığının (*Generalbundesanwalt*) cezai soruşturmayı kapatma kararına itiraz etmek için etkili bir iç hukuk yolunun bulunmadığını iddia etmiştir.

4. Başvuru için Mahkemenin Beşinci Bölümü görevlendirilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü’nün 52 § 1 maddesi). Başvuru, 2 Eylül 2016 tarihinde Hükümete tebliğ edilmiştir. 27 Ağustos 2019 tarihinde, Başkan Yonko Grozev, Hakimler Angelika Nußberger, André Potocki, Carlo Ranzoni, Mārtiņš Mits, Lətif Hüseynov, Lado Chanturia ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Claudia Westerdiek’ten oluşan Daire, yargı yetkisinden Büyük Daire lehine feragat etmiş, taraflardan hiçbirinin buna itirazı olmamıştır (Sözleşme’nin 30. maddesi ve İç Tüzük’ün 72. Maddesi).

5. Büyük Dairenin oluşumu, Sözleşme’nin 26 §§ 4 ve 5 maddesinin hükümlerine ve İç Tüzük’ün 24. maddesine göre belirlenmiştir. Ayrıca başvurunun kabul edilebilirliği ve esası hakkındaki incelemelerin aynı anda yürütülmesine karar verilmiştir (Sözleşme’nin 29 § 1 maddesi). İkinci müzakerelerde, yedek hakimler Faris Vehabović ve Arnfinn Bårdsen, davanın daha sonraki değerlendirmesine katılamayan André Potocki ve Robert Spano’nun yerini almışlardır (İçtüzük’ün 24 § 3 maddesi). Yargılamalar sırasında Jon Fridrik Kjølbro Büyük Daire Başkanı olarak Linos-Alexandre Sicilianos’un yerine geçmiştir

6. Başvuran ve Hükümet davanın kabul edilebilirliği ve esasına ilişkin görüşlerini sunmuştur (İçtüzük’ün 59 § 1 maddesi).

7. Buna ek olarak, Danimarka, Fransa, Norveç, İsveç ve Birleşik Krallık Hükümetlerinin yanı sıra Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano Uluslararası Çalışmalar Enstitüsü, Açık

Toplum Adalet Girişimi ve Haklar İzleme Örgütü'nden (İngiltere), üçüncü taraf yorumları alınmış, bunların hepsine Büyük Daire Başkanı tarafından yazılı usule müdahil olma izni verilmiştir (Sözleşme'nin 36 § 2 maddesi ve İçtüzük'ün 71 § 1 ve 44 § 3 maddeleri). Taraflar, üçüncü şahısların görüşlerine duruşmada sözlü ibrazlarını belirttikleri sırasında yanıt vermiştir (İçtüzük'ün 71 § 1 ve 44 § 6 maddeleri).

8. 26 Şubat 2020 tarihinde, Strazburg İnsan Hakları Binasında, kamuya açık bir duruşma gerçekleşmiştir (İçtüzük'ün 71 ve 59 § 3 maddeleri). Duruşmaya, Başkan tarafından Büyük Daire önündeki sözlü yargılamaya katılmasına izin verilen Fransa ve Birleşik Krallık Hükümetleri ile Rights Watch (Birleşik Krallık) katılmıştır.

Aşağıdaki kişiler Mahkeme önüne çıkmıştır:

(a) Hükümet adına

Görevliler A. WITTLING-VOGEL,

N. WENZEL,

Müdafi, H. KRIEGER,

Danışmanlar, S. WEINKAUFF,

S. SOHM,

M. WITTENBERG,

J. DROHLA,

C. RITSCHER,

D. GMEL,

S. HEINE,

C. BARTHE,

(b) başvuran adına

Avukat W. KALECK,

Danışmanlar, D. AKANDE,

F. JESSBERGER,

C. MELONI,

A. SCHÜLLER,

I. SYCHENKOVA,

(c) üçüncü taraf müdahil Fransa adına

Görevli

F. ALABRUNE,

Danışmanlar E. LEBLOND,

R. STAMMINGER,

E. GOUIN,

(d) üçüncü taraf müdahil Birleşik Krallık adına

Görevli

C. WICKREMASINGHE,

Müdafi Sir JAMES EADIE QC,

Danışman J. SWORDS,

(e) üçüncü taraf müdahil Rights Watch (Birleşik Krallık) adına

Müdafi

S. WORDSWORTH QC,

Danışmanlar C. YEGINSU,

G. SCHUMACHER,

Mahkeme; Wittling-Vogel, Krieger, Kaleck, Akande, Alabrune, Sir James Eadie ve Wordsworth'ün konuşmalarını ve hakimler tarafından sorulan sorulara Krieger, Kaleck, Akande, Sir James Eadie ve Alabrune tarafından verilen cevapları dinlemiştir.

OLAYLAR VE OLGULAR

I. DAVANIN GEÇMİŞİ

9. Başvuran, Omar Khel, Afganistan'da doğmuştur ve orada yaşamaktadır.

10. 11 Eylül 2001 saldırılarının ardından ABD, Birleşik Krallık ile birlikte 7 Ekim 2001'de Afganistan'a askeri operasyonlar başlatmıştır. Kalıcı Özgürlük Operasyonu(Operation Enduring Freedom) olarak adlandırılan bu operasyonlar, terörist eğitim kamplarının ve altyapılarının yıkılmasının yanı sıra El Kaide liderlerinin yakalanmasını ve Taliban'ı iktidardan uzaklaştırılması amacını taşımaktaydı.

11. 16 Kasım 2001'de Alman Parlamentosu, Kalıcı Özgürlük Operasyonunun bir parçası olarak 3.900'e kadar Alman askerinin konuşlandırılmasına izin verdi. Söz konusu birlik, daha sonra Afganistan'daki terörle mücadele operasyonlarına katılacak yaklaşık 100 Alman Özel Kuvvetleri askerini içermekteydi.

12. Aralık 2001'in başında, yirmi beş önde gelen Afgan lideri, ülkeyi yönetmek için bir plan üzerinde karar kılmak üzere Birleşmiş Milletler himayesinde

Bonn’da bir araya geldi. Bir Afgan Geçici Yönetimi kuruldu ve lideri seçildi. 5 Aralık 2001 tarihli anlaşmada (“Bonn Anlaşması” bk. Aşağıda 71. paragraf), konferansın katılımcıları Afganistan’da güvenliğin sağlanması için uluslararası toplumun yardımını talep ettiler ve bir Uluslararası Güvenlik Destek Gücü’nün(“ISAF”) kurulmasını öngördüler.

13. 20 Aralık 2001’de Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi ISAF’ın kurulmasına izin verdi. ISAF’ın amacı Kabil ve çevresindeki bölgelerde güvenliğin sağlanması bakımından Afgan Geçici Otoritesine yardımcı olmak ve Geçici Otorite ile Birleşmiş Milletlerin güvenli bir ortamda faaliyet göstermesini sağlamaktır. ISAF temel olarak güvenliği sağlamaya odaklanırken, Kalıcı Özgürlük Operasyonuna katılan güçler terörle mücadele ve ayaklanma karşıtı operasyonlar gerçekleştirmeye devam etti.

14. 22 Aralık 2001’de Alman Parlamentosu, ISAF’ın bir parçası olarak Alman silahlı kuvvetlerinin konuşlandırılmasına izin verdi (bk. aşağıda 91. paragraf).

15. 11 Ağustos 2003 tarihinde NATO, ISAF’ın komutasını üstlendi ve ardından ISAF’ın misyonu, Kabil bölgesinin ötesine genişletildi. 2006 yılı sonunda ISAF, Afganistan’ın tamamından sorumlu hale geldi.

16. NATO, ISAF’ın komutasını üstlendikten sonra, ISAF Karargahı (“ISAF Karargahı”) ve ISAF Komutanlığı (“COMISAF”); NATO Müttefik Müşterek Kuvvetler Komutanlığı ve NATO Avrupa Müttefik Yüksek Komutanlığı’nın komutasına verildi. ISAF Karargahı altında, İl İmar Ekibi (“PRT”)¹ askeri unsurları tarafından kendi sorumluluk alanlarında yürütülen tüm bölgesel sivil-asker faaliyetlerini koordine eden beş Bölge Komutanlığı (“RC”) vardı. ISAF Karargahı / COMISAF operasyonel kontrolü elinde tutarken, PRT’ler taktik kontrol şeklinde ilgili Bölge Komutanlığının komutası altına alındı.

17. Alman birlikleri, Almanya tarafından yönetilen RC North’un altında konuşlandırılmıştır. Söz konusu tarihte RC North’un Komutanı Alman Tuğgeneral

¹İl İmar Ekipleri, Afganistan’ın illerinde yardım çalışmaları için güvenliği tesis etmek ve devam eden çatışma veya yüksek düzeyde güvensizlik olan bölgelerde insani yardım veya yeniden yapılanma görevlerine yardımcı olmak için çalışan askeri ve sivil personelden oluşan küçük ekiplerdi (<https://www.nato.int/docu/review/2007/issue3/english/art2.html>).

V. idi. RC North'un bir parçası olan PRT Kunduz, Alman Albay K. komutasındaydı.

18. ISAF'ın komuta yapısına paralel olarak, disiplin ve idari komuta ve kontrol, ilgili birliklere katkıda bulunan Devletlerde kalmıştır (bk. aşağıdaki 75. paragraf). Bu nedenle, PRT Kunduz'da konuşlandırılan birlikler, bu bağlamda, Tuğgeneral V.'nin komuta ve kontrolü altında bulunan Albay K.'nin komuta ve kontrolü altındaydı. Tuğgeneral V. ayrıca Afganistan'daki tüm Alman ISAF birliğine komuta etmiş ve *Bundeswehr* Müşterek Kuvvetler Operasyon Komutanlığı komutanı tarafından Federal Savunma Bakanlığı'nın komutası altına alınmıştır.

19. Söz konusu tarihte, RC North, 4.245'i Alman askeri olan yaklaşık 5.600 askerden oluşuyordu. PRT Kunduz'da iki Alman özel hareket birimi de dahil olmak üzere yaklaşık 1.500 asker konuşlandırıldı.

20. Nisan 2009'dan sonra Kunduz ilindeki güvenlik durumu kötüleşti. Özellikle Ağustos ve Eylül 2009 seçimlerinde ISAF askerlerine yönelik saldırılar arttı ve bu saldırılar birçok can kaybına yol açtı. Albay K.'nin bir Alman parlamentosu araştırma komisyonu huzurunda yaptığı açıklamaya göre, askerler üslerinden her çıktıklarında bir saldırı beklemek zorunda kaldılar.

II. DAVANIN KOŞULLARI

A. 4 Eylül 2009 tarihli hava saldırısı

21. 3 Eylül 2009'da isyancılar iki yakıt tankerini kaçırarak iki sürücüdün birini öldürdü. Aynı günün ilerleyen saatlerinde, PRT Kunduz üssünden yaklaşık yedi kilometre uzakta, yakıt tankerleri Kunduz Nehri'nin kum kıyısında durmuştur. Yakıt tankerlerini yeniden harekete geçirmek isteyen isyancılar, yakındaki köylerin halkından belirli kişileri benzini çekmeleri için görevlendirmiştir.

22. Saat 20.00 civarında bir muhbir PRT Kunduz'a yakıt tankerlerinin kaçırıldığı hakkında bilgi vermiştir. Saat 21.00 civarında PRT Kunduz'a olay hakkında resmi olarak bilgi verilmiştir. Saat 21.55'de daha önce başka bir operasyonla görevlendirilmiş bir uçağa yakıt tankerlerinin yerini belirleme talimatı verilmiştir. Saat 00.15 sıralarında tankerler, gözetleme uçakları tarafından tespit edilmiştir. Uçaktan komuta merkezine iletilen video görüntülerinde, iki tankerin yanı sıra kıyı yanında birkaç araç ve çok sayıda kişi yer almıştır. Gece boyunca,

Başçavuş W. ve Y. ile birlikte komuta merkezinde hazır bulunan Yüzbaşı X., PRT Kunduzu araç kaçırmaya hakkında ilk kez bilgilendiren muhbire doğrudan bilgi almak ve/veya Albay K.'nin sorduğu soruları muhbire iletme için defalarca görevli tercümanın yanına gitmiştir. Saat 00.30 civarında muhbir, tankerlerin silahlı isyancılar tarafından kısmen boşaltıldığını ve kıyıda sivillerin bulunmadığını bildirmiştir. Muhbirin açıklaması, video görüntülerinde görülebilen koşullarla uyumuştur. Saat 00.48'de, gözetleme uçağının yakıtı azalmış ve üssüne geri dönmüştür. Kısa bir süre sonra, Başçavuş W., yeni bir uçak talep etmek için ISAF Karargahı ile temasa geçmiştir. Kendisine hava desteğinin ancak "birlikler temas halinde" durumu ilan edildiğinde, yani ISAF birliklerinin isyancılarla fiilen temas haline geçmesi sağlanabileceği söylenmiştir. Saat 01 civarında, Albay K. kelimenin tam anlamıyla düşman ile temas olmamasına rağmen, "birlikler temas halinde" durumu ilan etmiş ve tankerlerin mahsur kaldığı ve içindeki yakıtın çekilmeye devam ettiği nehir kıyısına ABD Hava Kuvvetlerine bağlı iki F-15 uçağı gönderilmiştir.

23. F-15 uçağı kum yığınının üzerindeki hava sahasına sabah saat 1.10 civarında ulaşmıştır. Pilotlar ve komuta merkezi arasındaki 500 pound mu yoksa 2.000 pound ağırlığında bomba kullanılması gerektiği ve kum kıyısının yakınındaki sivil nesnelere verilebilecek olası hasar hakkında devam etmiştir. Albay K.'nin tekrarlanan sorularına yanıt olarak, muhbir kum kıyının yakınında yalnızca isyancıların bulunduğunu ve sivillerin bulunmadığını doğrulamıştır. Albay K., pilotların yerdeki insanları dağıtmak için tankerlerin üzerinde alçak irtifadan uçarak "güç gösterisi" yapma önerilerini reddedince, hareketsiz haldeki akaryakıt tankerlerinin bombalanması emrini vermiştir. Saat 01.49'da iki adet 500 kiloluk bomba atılmıştır.

24. Saldırı sonrası ilk keşif, hava saldırısından hemen sonra ABD F-15 uçakları tarafından gerçekleştirilmiştir. Ayrıca, ertesi sabah saat 08.00 sıralarında insansız bir uçak hava saldırısının gerçekleştiği yeri teftiş etmiştir.

25. Hava saldırısı sonucunda iki yakıt tankeri imha edilmiş ve *diğerlerinin* yanı sıra başvuranın iki oğlu, Abdul Bayan ve Nesarullah'ı da öldürmüştür: Çocuklar öldüklerinde sırasıyla on iki ve sekiz yaşındaydılar. Hava saldırısının toplam kurban sayısı hiçbir zaman belirlenmemiştir (bk. aşağıda 40. ve 65-69.

paragraflar). Alman Hükümeti, öldürülen 91 kişinin ve on bir yaralı kişinin ailelerine kişi başı 5.000 ABD Doları tutarında *ex gratia*(lütuf kabilinden) ödeme yapmıştır.

B. Hava saldırısına soruşturma

1. Yerinde inceleme

26. Aynı sabahın ilerleyen saatlerinde, hava saldırısı hakkında bilgilendirildikten sonra, Tuğgeneral V. Alman askeri polisinden (*Feldjäger*) müteşekkil bir araştırma ekibini, hava saldırısı soruşturmasında PRT Kunduz’a yardımcı olması için Masar-ı Şerif’ten Kunduz’a göndermiştir.

27. Aynı gün saat 12.13’te PRT Kunduz’dan bir ekip doğru yola çıkarak saat 12.34’te hava saldırısının yapıldığı yere ulaşmıştır. Yerinde incelemeye saat 12.24’te Masar-ı Şerif üssünden ayrılan ve henüz PRT Kunduz üssüne ulaşmayan ekiplerden hiçbir üye katılmamıştır. PRT Kunduz’dan gelen ekip, yalnızca birkaç tahrip olmuş arabanın olduğu ve cesetlerin bulunmadığı, üzerinde oldukça fazla değişiklik yapılmış bir alanla karşılaşmıştır. Ziyaret sırasında Afgan güvenlik güçlerinin yaklaşık 100 üyesi tarafından koruma altına alınan ekip, saldırıya uğramış, ancak karşılık olarak ateş açıldıktan sonra soruşturmaya devam etmeyi başarmıştır. Ekibin saat 14.23’te üsse dönmesinin ardından, saat 14.45’ten itibaren, Albay K.’nin yanı sıra bu arada Masar-ı Şerif’ten görevlendirilen askeri polis ekibinin de katıldığı bir değerlendirme toplantısı yapılmıştır.

28. 4 ve 5 Eylül 2009 tarihlerinde, PRT Kunduz üyeleri, askeri polis ve ISAF “İlk Eylem Ekibi” (bk. aşağıdaki 65. paragraf) bölgedeki hastaneleri ve köyleri ziyaret etmiş ve hava saldırısıyla ilgili olarak birkaç kişiyle görüşmüştür. Albay K. bazı görüşmelerde kısmen yer almış ve soruşturmaya ilgili güncel bilgiler kendisine iletilmiştir.

29. Askeri polis, raporunu 9 Eylül 2009 tarihinde Tuğgeneral V.’ye sunmuştur.

2. Alman savcılık makamları tarafından yürütülen soruşturma

30. Hava saldırısının yapıldığı gün, silahlı kuvvetlerine bağlı adli subay, Potsdam (*Bundeswehr* Operasyon Komutanlığının bulunduğu yer) savcılığına hava saldırısı hakkında bilgi vermiştir. 7 Eylül 2009’da, Potsdam savcılığı bir ön soruşturma başlatmış ve söz konusu soruşturma daha sonra Leipzig’deki savcılığa

(o zamanki Albay K.'nin görev yeri) ve ardından Dresden Başsavcılığına sevk edilmiştir (Leipzig savcısından daha üstün olan savcılık makamı). Afganistan'daki askeri konuşlandırmanın yasal çerçevesi ve potansiyel olarak bir aklayıcı sebep savunmasının (Rechtfertigungsgrund) varlığına ilişkin Federal Savunma Bakanlığı ile fikir alışverişlerini de içeren daha ileri düzeydeki hazırlık çalışmalarının ardından, Dresden Başsavcılığı 5 Kasım 2009 tarihinde Federal Başsavcılıktan, Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Yasası kapsamındaki olası sorumluluk ışığında davanın kovuşturulmasını devralma olasılığını gözden geçirmesini talep etmiştir (bk. aşağıda 94-95. ve 101. paragraflar). Bu süreçte, Federal Başsavcılık 8 Eylül 2009'da halihazırda bir ön soruşturma başlatmış olup yetkili olup olmadığını belirleme sürecindeydi.

31. Soruşturmanın seyrine ilişkin olarak, Federal Başsavcı 27 Kasım 2009 tarihli mektubuylar, *Bundeswehr* Operasyon Komutanlığından, daha fazla açıklama için söz konusu hava saldırısıyla ilgili tüm olgu bulguların iletilmesini talep etmiştir. Üç gün sonra *Bundeswehr* Operasyon Komutanlığı çok sayıda rapor göndermiş ve 16 Aralık 2009 tarihinde ilave belgeler iletilmiştir. Federal Başsavcı, 8 Aralık 2009 tarihli mektupla meclis araştırma komisyonuna sunulan dosyaların (bk. aşağıdaki 69. paragraf) kopyalarını istemiş ve ardından bu dosyalar, komisyonun duruşmalarının tutanaklarının kopyaları ile birlikte kendisine verilmiştir. 21 Aralık 2009 tarihinde Federal Başsavcı, *Bundeswehr* Operasyon Komutanlığına kapsamlı bir soru kataloğu göndermiş ve bu sorular 8 Şubat 2010 tarihli bir mektupta yanıtlanmıştır. 23 Şubat 2010'da Alman Federal Savunma Bakanlığı'na ek sorular içeren bir mektup gönderilmiş ve Bakanlık bu sorulara yanıt vermiştir.

32. 12 Mart 2010 tarihinde Federal Başsavcı, o ana kadarki olgusal bulgulara dayanarak, hava saldırısı gecesini Albay K ile ona yardım etmiş olan ve Başçavuş W. hakkında bir ceza soruşturması başlatmıştır. 22-25 Mart 2010 tarihleri arasında Federal Başsavcı iki zanlıyı sorguladı ve ilgili zamanda Kunduz'daki üssün komuta merkezinde hazır bulunan iki tanığı (Kaptan X. ve Başçavuş Y.) dinlemiştir. Ayrıca, toplanan belgeler ve uçaktan alınan video materyalleri de incelenmiştir.

33. 16 Nisan 2010 tarihinde Federal Başsavcı, şüphelilerin Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu veya Ceza Kanunu uyarınca cezai sorumluluk üstlendiğine dair yeterli şüphenin oluşması için yeterli gerekçe bulunmadığından

ceza soruşturmasını kapatmıştır. Başsavcı ilgili zamanda en azından Alman silahlı kuvvetlerinin konuşlandırıldığı ülkenin kuzey kesimindeki olmak üzere Afganistan'daki durumun, uluslararası birliklerin katılımına rağmen, uluslararası insani hukuk anlamında uluslararası olmayan bir silahlı çatışma olduğunu belirlemiştir. Başsavcı Afganistan'ın ISAF'ın konuşlandırılmasına uluslararası hukuk uyarınca geçerli bir şekilde rıza gösterdiği ve ISAF'ın Afgan makamları adına savaştığı sonucuna varmıştır. Kararda ayrıntılı olarak açıklanan Taliban isyancıları ve ona bağlı grupların, uluslararası hukuka göre "çatışmanın tarafı" olarak sınıflandırılması gerekiyordu. Bu uluslararası olmayan silahlı çatışmanın varlığı, uluslararası insani hukukun (ayrıca bk. Anayasanın 25. Maddesi, aşağıda 93. paragraf) ve Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Yasasının uygulanabilirliğini devereğe sokmuştur. ISAF'ın bir parçasını oluşturan Alman askerleri düzenli savaşıtlardı ve bu nedenle uluslararası hukukta izin verilen savaş eylemlerinden cezai olarak sorumlu değildir. Federal Başsavcı, Albay K.'yı sivilleri öldürmek veya onlara zarar vermek veya sivil nesnelere zarar vermek için aranan niyete sahip olmaması nedeniyle Madde 11 § 1 no. 3 başta olmak üzere Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu (bk. aşağıdaki 95. Paragraf) çerçevesindeki sorumluluktan muaf tutmuştur. Albay K. uluslararası hukuka göre hava saldırısının yasallığı, suçsuzluğu kanıtlayıcı bir savunma işlevi gördüğü için Ceza Kanunu kapsamındaki hem cinayet hem de başka herhangi bir suç bakımından sorumluluktan muaf tutulmuştur.

34. 19 Nisan 2010 tarihinde Federal Başsavcı'nın ana bulgularını özetleyen ve olgusal bilgilerin çoğunun gizli olduğunu belirten bir basın açıklaması yayınlanmıştır. Soruşturmayı kapatma kararının revize edilmiş bir versiyonu 13 Ekim 2010 tarihinde hazırlanmıştır.

35. Kararda aşağıdaki kanıtların değerlendirildiği belirtilmiştir:

- Tüm ekleri ile birlikte COMISAF inceleme raporu;
- NATO/ISAF hükümleri (Standart Operasyon Prosedürleri, Angajman Kuralları, Taktik Direktifler, İstihbarat Değerlendirme Matrisi, Hava ve Uzay Operasyonları için Özel Talimatlar);
- 9 Eylül 2009 tarihli ve 44 ekli Askeri Polis raporu (fotoğraflar ve video görüntüleri dahil);
- Albay K.'nin Alman Silahlı Kuvvetleri Genelkurmay Başkanı'na verdiği 5 Eylül 2009 tarihli yazılı ifadesi;

HANAN / ALMANYA KARARI

- ISAF olgu tespit ekibi üyesi Albay N.'nin 6 Eylül 2009 tarihli raporu;
- Kunduz bölgesi temsilcisinin 4 Eylül 2009 tarihli Afgan Devlet Başkanı'na sunduğu rapor;
- Afgan soruşturma komisyonunun Afganistan Devlet Başkanı'na sunduğu rapor;
- Birleşmiş Milletler Afganistan Yardım Misyonu'nun ("UNAMA") hava saldırısının potansiyel sivil kurbanlarına dair listesi;
- 5 Eylül 2009 tarihli STK raporu [gizli];
- ISAF İlk Eylem Ekibi'nin 6 Eylül 2009 tarihli raporu;
- PRT Kunduz'da Afgan soruşturma komisyonu, yerel temsilciler ve İlk Eylem Ekibinden bir heyet ile yapılan görüşmelerin tutanakları;
- Federal Başsavcı'nın 21 Aralık 2009 tarihli sorularına yanıt olarak Alman Silahlı Kuvvetleri Harekat Komutanlığının 8 Şubat 2010 tarihli yazılı açıklaması;
- Federal Savunma Bakanlığı'nın 164 dosya klasörü;
- Birinci Soruşturma Komisyonu olarak görev yapan, iki şüpheliyi ve Yüzbaşı X.'i sorgulayan Parlamento Savunma Komisyonu toplantılarının tutanakları;
- iki zanlının yanı sıra tanık Yüzbaşı X. ve Başçavuş Y.'nin Federal Başsavcı tarafından sorgulanması;
- F-15 uçağının pilotları ile Başçavuş W. arasındaki telsiz trafiğinin tutanakları ve video görüntüleri.

36. Federal Başsavcı, özellikle iki yönün açıklığa kavuşturulması gerektiğine hükmetmiştir: Albay K.'nin hava saldırısı emrini verdiği zamanki duruma ilişkin öznel değerlendirmesi ve bunun sonucunda ölen veya yaralanan kişilerin tam sayısı.

37. Başsavcı Albay K. hava saldırısı emrini verdiğinde yakıt tankerlerinin yakınında sivillerin bulunmadığını ve yalnızca Taliban isyancılarının bulunduğunu varsaydığına dair ifadesini güvenilir bulmuştur. Başsavcı vardığı bu sonucu; çok sayıda nesnel koşul, komuta merkezinde bulunan kişilerin ifadeleri ve hava saldırısı öncesinde ve hava saldırısı sırasında uçaktan alınan video görüntüleri ile kuvvetlendirmiştir.

38. Bombaların, en yakın köyün en az 850 metre uzaklıkta olduğu isyancıların kalesi olan bir bölgede, Ramazan ayı esnasında saat 01.49'da atıldığı göz önüne alındığında; sivillerin varlığı, nesnel bir gözlemcinin bakış açısından pek olası görünmemiştir. Ayrıca, Alman üssüne patlayıcı yüklü araçların dahil olduğu planlı bir saldırıyla ilgili bir istihbarat uyarısı da yapılmıştır. 4 Eylül 2009 tarihine gelinene kadar geçmiş aylarda Afganistan'da bu tür çok sayıda saldırı gerçekleştirilmiştir. Albay K.'nin muhbir tarafından sağlanan istihbaratın doğruluğundan şüphe etmesi için hiçbir nedeni bulunmamaktadır. Kendisi aynı

muhbirle sadece birkaç gün önce çalışmış ve verilen bilgiler güvenilir çıkmıştır. Kendisi durumun gelişimini ve olay yerinde sadece isyancıların bulunduğunu doğrulamak için Yüzbaşı X. aracılığıyla muhbire en az yedi çağrı yaptırmış, muhbiri güvenilir olarak kabul etmiştir. Muhbir tarafından verilen istihbarat, uçaktan gelen video akışı ile uyumludur. Albay K.'nin davranışı, daha önceki olaylarda sivil hayata ikincil zarar verebilecek kararlar alırken gösterdiği özenle uyumludur.

39. Komuta merkezinde bulunan diğer kişilerin tümü, bölgede yalnızca isyancıların bulunduğu ve hiçbir sivilin bulunmadığı varsayımıyla hareket ettiklerini güvenilir bir şekilde ifade etmiştir. Ek tanıkların sorgulanmasıyla Albay K.'nin hava saldırısı emrini verdiğinde sivil kayıpların olacağı beklentisiyle hareket edip etmediğine dair bir ek bilginin elde edilebilmesi pek olası görünmemektedir. Sorgulananlardan biri olan Yüzbaşı X., muhbirin istihbaratı ilettiği sırada orada mevcut olan tek kişiydi ve söz konusu istihbaratı yanlış ilettiğine dair hiçbir belirti bulunmamaktadır. Pilotlar ve komuta merkezi arasındaki telsiz iletişimi, Albay K.'nin sivil kayıp beklentisiyle hareket ettiğine dair herhangi bir belirti içermemektedir. Akaryakıt tankerlerinin Taliban savaşçılarının elinde olduğu ve bu savaşçıların hava saldırısı sırasında artık yakıt tankerlerinin yakınında olmadığına dair hiçbir belirti olmadığı konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. Ayrıca, kıyafetlerine göre Taliban sivillerden ayırt edilemez olduğundan, pilotların yakıt tankerlerinin etrafındaki kişiler arasında siviller olduğunun görsel olarak seçilebilir olup olmadığını belirlemeye yardımcı olması mümkün değildi.

40. Söz konusu davada, sivil kayıpların sayısı, Albay K.'nin sübjektif beklentilerinin anlaşılmasına yarayabilecek ikinci derece kanıt olarak hizmet edemezdi. Hava saldırısında ölen veya yaralananların sayısı ve bunların kaçının Taliban üyesi veya sivil olduğu tespit edilememiştir. Bu bağlamdaki farklı raporların farklı bulguları, bunların oluşturulma yöntemleri ve video materyali de dahil olmak üzere mevcut kanıtlar dikkate alındığında, yaklaşık elli kişinin öldürülmüş veya yaralanmış olması muhtemeldir. Ölenler arasında bilinen iki Taliban komutanının olduğu kesin olmakla beraber mevcut raporlara göre kurbanlar arasında Taliban üyelerinin sivillerden göre önemli ölçüde daha fazla olduğu sonucuna varılmıştır. Afgan nüfusunun sosyal ve dini adetleri, cesetlerin mezardan

çıkarılması veya DNA analizleri de dahil olmak üzere modern adli araştırma tekniklerinin kullanılmasını engellediği için bu konuyu daha fazla açıklığa kavuşturmak mümkün olmamıştır. Her halükarda, hava saldırısı sırasında olay yerinde bulunan insan sayısı, Albay K.'nin yalnızca Taliban savaşçılarıyla karşı karşıya olduğu varsayımını sorgulamak için bir neden teşkil etmemektedir.

41. Albay K.'nin Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Yasası kapsamındaki sorumluluğuna ilişkin olarak, Federal Başsavcı 4 Eylül 2009 tarihli hava saldırısının Afganistan'daki uluslararası olmayan bir silahlı çatışmayla bağlantılı bir askeri saldırı teşkil etmesi nedeniyle, söz konusu Yasa'nın 11 § 1 no. 3 maddesinin işlevsel bağlam gereksinimini ve nesnel kurucu unsurlarını karşıladığını değerlendirmiştir. Buna karşılık, suçun öznel kurucu unsurları mevcut değildir. Orantısız ikincil hasara neden olmak için doğrudan niyet aranmaktadır. Albay K. olay yerinde yalnızca isyancıların bulunduğu varsayımıyla hareket ettiğini inanılabilir bir şekilde ifade etmiştir. Bu nedenle, Albay K. hükmün gerektirdiği kesinlikte sivillere zarar gelmesini beklememekle kalmamış olup aslında böyle bir hasarın olmasını hiç beklememektedir. Beklenen ikincil hasarın orantısızlığı sorunu bu nedenle ortaya bile çıkmamıştır.

42. Akaryakıt tankerleri, organize bir grup silahlı Taliban savaşçısı tarafından kaçırılmıştır. Albay K. hava saldırısını emrettiği sırada hem bu grubun üyeleri hem de yakıt tankerleri meşru askeri hedeflerdi. Taliban ile ilgili olarak, Federal Başsavcı, uluslararası hukuka göre, organize bir silahlı grupla işlevsel olarak bütünleşen ve içinde sürekli bir savaş işlevi gören tüm kişilerin sivil değil, meşru askeri hedefler olduğunu açıklamıştır. Bu tür kişilere, bu muharebe işlevinden kalıcı ve kesin bir şekilde vazgeçene kadar, devam eden saldırıların kapsamı dışında da saldırılabilir (bk. aşağıdaki paragraf 80).

43. Federal Başsavcı, genel ceza hukukunun geçerliliğini koruduğunu değerlendirmiş ve askeri eylemin Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Yasası kapsamına girdiği ve yetkisinin Ceza Yasası kapsamındaki suçları kovuşturmaya kadar uzandığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak, ne Albay K. Ceza Kanununa göre de sorumlu tutulabilir ne de Başçavuş W., Albay K.'ye yardım ve yataklık etmekten sorumlu tutulabilir. Cinayet suçunun nesnel ve sübjektif kurucu unsurları

mevcutken, askeri eylem açısından suçsuzluğu kanıtlayan bir savunma işlevi gören Albay K.'nin eylemleri uluslararası hukuka göre hukukidir.

44. Hava saldırısının kurbanlarının uluslararası insani hukuk statüsü, bu saldırının hukukiliğini belirlemek için çok önemliydi. Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmaya taraf olmayan bir Devlete bağlı silahlı unsurlar ve çatışmalara doğrudan katılan siviller askeri saldırılar için meşru hedeflerken, çatışmalara doğrudan katılmayan siviller hedef değildir. İki yakıt tankerini kaçıran ve muhtemelen hava saldırısının kurbanlarının çoğunu teşkil eden silahlı Taliban savaşçıları, gerçekten de silahlı çatışmaya taraf olan organize bir silahlı grubun üyeleridir. Dolayısıyla Taliban savaşçıları, askeri gereklilik sınırları içinde “yok edilmelerine” izin verilen meşru askeri hedeflerdir ve bu davada bu gerekliliğe ilişkin olarak herhangi bir kısıtlamanın öngörülemediği sonucuna varılmıştır.

45. Hava saldırısı ayrıca, uluslararası insani hukuk tarafından korunan ve askeri saldırının meşru hedefi olmayan sivillerin öldürülmesine de yol açmıştır. Hava saldırısının Taliban savaşçıları olmayan tüm bu kurbanlarının, Taliban'ın kum kıyıdağı yakıt tankerlerini kurtarmasına yardım edenler ve kendi çıkarları için yakıt almaya çalışanlar da dahil olmak üzere, çatışmalarda doğrudan yer almayan siviller olduğu bir öncül olarak kabul edilebilir Ancak, Albay K.'nin hava saldırısını başlatma emri; bu saldırının uluslararası insani hukuk kapsamında korunan sivilleri de öldürdüğü düşünülse bile, uluslararası hukuka göre meşrudur. Uluslararası insani hukuk, yalnızca sivillere olduğu gibi yapılan saldırıları ve askeri bir hedefe karşı saldırı emri verildiği sırada beklenen sivil hasarın beklenen, fiili ve doğrudan askeri avantaja göre orantısız ("aşırı") olduğu durumlarda başlatılan saldırıları yasaklamaktadır (bk. aşağıda 81. paragraf). Askeri orantısızlık standardı, yani aşırılığın yasaklanması, daha katı bir standart olan makul olmama ölçütü ile eşit tutulamazdı. Saldırının askeri harekât sırasındaki nesnel temelli beklentisi, hem taktik askeri avantaj hem de öngörülebilir sivil ikincil hasar açısından belirleyicidir. Sivil ikincil hasar; yalnızca bir komutanın meydana gelen büyük bir sivil ikincil hasarı tahmin etmesini sağlayacak "uygulanabilir önlemleri" almaması durumunda orantılılık testiyle alakalı hale gelmektedir. Bu anlamda orantısızlık ancak patent aşımı durumunda isnat edilebilir.

46. Söz konusu hava saldırısının iki askeri amacı bulunmaktadır: yakıt tankerlerini ve Taliban tarafından kaçırılan yakıtı imha etmek ve Taliban savaşçıları öldürmek. Albay K.'nin bildiği koşullar (kum kıyısının yerleşim yerlerine uzaklığı, gece saati ve silahlı Taliban unsurlarının varlığı) ve muhbirin yaptığı açıklamalar göz önüne alındığında, Albay K.'nin olay yerinde korunan sivillerin varlığından şüphelenmek için hiçbir nedeni bulunmamaktaydı. Albay K.'nin zamanında ilave keşif yaptırma ve/veya ihtiyati tedbirleri uygulama imkanı yoktu. Akaryakıt tankerlerinin veya yakıtın Taliban tarafından ele geçirilmesi tehlikesi, Albay K.'nin kabul etmek zorunda olduğu bir tehlike değildir. Koşullar, söz konusu kişilerin bir askeri saldırının meşru hedefi olduğuna dair yeterli göstergeler sunmaktadır: Ortada mutlak bir kesinlikle emin olmayı gerektiren herhangi bir durum yoktur.

47. Bununla birlikte, Albay K.'nin korunan birkaç düzine sivilin öldürülmesini öngörmesi gerektiği varsayılıyorsa dahi, bu beklenen askeri avantaj karşında orantısız olmayacaktı. Bu durum aynı şekilde mümkün olan en hafif araçları kullanma ilkesini de ihlal etmezdi. Aslında araçlar sorunu, hava saldırısından önce Albay K., Başçavuş W. ve pilotlar arasında tartışılmıştır. Albay K., pilotların daha ağır bir mühimmat kullanma tavsiyesinin aksine, mevcut en küçük bomba boyutunu ve bombaların etkili menzili sınırlayan gecikmeli patlama fitillerinin kullanımını tercih etmiştir.

48. Saldırı emrinin uluslararası hukuka göre izin verilebilir olduğu sonucu, potansiyel olarak sivil nüfus üzerinde ikincil hasara yol açabilecek bir saldırıdan önce uyarıda bulunmaya yönelik genel yükümlülüğünden etkilenmemiştir. Albay K., sadece emrini verdiği saldırının herhangi bir sivil vurmayacağına dair haklı bir varsayım temelinde hareket etmekle kalmamış, aynı zamanda mevcut koşulların gerektirdiği takdirde yukarıda bahsedilen yükümlülüğü devreye koyabileceğini göstermiştir (bk. aşağıdaki 81. paragraf). Mevcut durumda bir uyarı vermek, Taliban savaşçıları öldürme meşru askeri amacını engelleyebilirdi.

49. Afganistan'da yaşanan ihtilafı uzun vadeli bir siyasi çözüme kavuşturmak için kendi kendini kısıtlamayı gerektiren ve sivil nüfusa uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha yüksek düzeyde koruma sağlayan ISAF Angajman Kuralları

gibi iç kuralların ihlal edildiğine dair herhangi bir iddia, askeri eylemin hukukiliğinin değerlendirilmesi hususu ile alakasızdır.

3. *Başvuranın soruşturmaya katılımı ve soruşturmayı kapatma kararına itirazları*

(a) **Soruşturma dosyasına erişim**

50. Başvuran, 12 Nisan 2010 tarihinde hukuki temsilcisi aracılığıyla, *diğerlerinin* yanı sıra iki oğlunun ölümüyle ilgili olarak Federal Başsavcı'ya suç duyurusunda bulunmuştur. Başvuran, buna ek olarak soruşturma dosyasına erişim isteğinde bulunmuştur. Başvuranın temsilcisi, başvuranın adına hareket etme yetkisi veren bir vekaletnamenin yanı sıra, kendisine hava saldırısında öldürüldüğü iddia edilen 113 kişinin akrabaları adına hareket etme yetkisi veren başka bir vekaletname sunmuştur. Federal Başsavcı, 27 Nisan 2010 tarihli yazı ile başvuranın temsilcisine, başvuranın dinlenilmeden ceza soruşturmasının kapatıldığını ve başvuranın soruşturma dosyasına erişim talebinin başvuranın mağdur statüsüne ilişkin daha ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasını gerektirdiğini bildirmiştir. Başvuran, daha sonra 9 Haziran 2010 ve 7 Temmuz 2010 tarihli mektuplarını sunmuş, bunun üzerine Federal Başsavcı ise 16 Temmuz 2010 ve 3 Eylül 2010 tarihli mektuplarıyla ilgili mektupların dayanaktan yoksun oldukları gerekçesiyle reddedildiğini bildirmiştir. Başvuranın hukuki temsilcisi, 1 Eylül 2010 tarihinde daha önce temsil ettiği tüm kişiler adına yapılmış olan soruşturma dosyasına erişim talebini başvuranınkiyle sınırlandırmıştır. 3 Eylül 2010 tarihinde başvurana soruşturma dosyasının gizli olmayan bölümlerine erişim izni verilmiştir. Soruşturmayı durdurma kararının revize edilmiş bir versiyonu, kesinleştikten iki gün sonra, 15 Ekim 2010 tarihinde başvuranın temsilcisine tebliğ edilmiştir. Başvuranın temsilcisi, 26 Ekim 2010 tarihinde Federal Başsavcılıktaki dosyayı incelemiştir.

(b) **Cezai suçlamalar için dilekçe**

51. Başvuran 15 Kasım 2010 tarihinde Düsseldorf Temyiz Mahkemesi'ne bir dilekçe sunarak şüpheliler aleyhinde ceza yargılamaları başlatılmasını ve eğer bu yapılmıyorsa yetkili savcının Ceza Kanunu uyarınca şüphelilerin sorumluluklarını belirlemesi amacıyla konunun soruşturulmaya devam edilmesini talep etmiştir. Başvuran özellikle, hava saldırısının nesnel koşullarını kapsamlı bir şekilde belirlemek için bazı ek soruşturma önlemlerinin gerekli olduğunu ileri sürmüştür.

52. 13 Aralık 2010 tarihinde Federal Başsavcı mütalaasını sunmuş ve başvuranın talebinin resmi gerekliliklere uyulmaması nedeniyle kabul edilemez bulunması veya bu gerçekleşmezse, başvuranın beyanlarının şüphelilerin cezai bakımdan sorumlu olduklarına dair şüphe oluşturmak için yeterli bir gerekçe teşkil etmediği gerekçesiyle dayanaktan yoksun bulunarak reddedilmesini talep etmiştir. Federal Başsavcı başvuranın soruşturmada olduğu iddia edilen eksikliklere ilişkin iddiasını çürüterek, herhangi bir başarı ihtimali sunan gerekli tüm soruşturma tedbirlerinin alındığını ileri sürmüştür. Ayrıca, başvuranın olgusal beyanları temelinde dahi, uluslararası insani hukukun ihlal edilmesi söz konusu olmayacaktır.

53. Düsseldorf Temyiz Mahkemesi 16 Şubat 2011 tarihinde başvuranın kamuya suç isnat edilmesi talebini reddetmiştir. Düsseldorf Temyiz Mahkemesi başvuranın ibrazının şekli gereklilikleri karşılamadığı kanaatine varmıştır (bk. aşağıda 99. paragraf). Başvuran, Federal Başsavcı tarafından verilen 13 Ekim 2010 tarihli soruşturmayı kapatma kararının dayandığı ve kararda sayılan delillerin bazılarını yeterli ölçüde veya hiç tartışmamıştır. İbrazlardan başvuranın hangi delillere sahip olduğu ve hangilerine erişiminin olmadığı netlik kazanmamıştır. Şüphelileri temize çıkarabilecek olguları da sunma yükümlülüğünün aksine başvuran, özellikle suçlamaları destekler nitelikte görüldüğünü düşündüğü deliller başta olmak üzere, belirli delillerin seçilmiş kısımlarını sunmakla yetinmiştir. Özellikle, başvuran aşağıdaki hususları kapsamlı bir şekilde tartışmamıştır: (i) Albay K.'nin 5 Eylül 2009 tarihinde Genelkurmay Başkanı'na verdiği iki sayfalık açıklama; (ii) askeri polisin 9 Eylül 2009 tarihli raporu; (iii) bombanın atılmasından hemen önce pilotlar ve Başçavuş W. arasındaki telsiz trafiğinin kayıtları; veya (iv) F-15 uçağından alınan video görüntüleri. Başvuran ayrıca Federal Başsavcının neden bu delillere ilişkin değerlendirmesinin yanlış olduğunu iddia ettiğini ortaya koymamıştır. Başvuran, erişmesine izin verilen STK raporunun hava saldırısının hukuka aykırı olduğu ve uluslararası insani hukuku ihlal ettiği sonucuna vardığını ileri sürmüş olsa da, bu değerlendirmeye yol açan temel hususları belirtmemiştir. Aynı durum, başvuranın Tuğgeneral V.'nin 4 Eylül 2009 tarihli notuna yaptığı atıf için de geçerlidir. Sonuç olarak, başvuranın olgusal beyanları, Temyiz Mahkemesinin, yalnızca başvuranın verdiği özete dayanarak, şüphelilere karşı şüphe duyması için yeterli neden olup olmadığını ve dolayısıyla kamuya suç isnat

etmek için gerekçe bir olup olmadığını belirlemesine yol açmamıştır. Başvuran ayrıca, yerel muhbirin kum kıyısında bulunmaması, F-15 uçağının pilotlarının daha fazla keşif talep ettiği, Ramazan olduğu için hava saldırısının olduğu gece çok sayıda sivilin dışarıda olduğu ve Taliban isyancılarının normalde on veya daha az kişiden oluşan gruplar halinde hareket ettiği iddiaları başta olmak üzere şüphelilere suç isnat eden bir dizi iddia için uygun veya herhangi bir kanıt sunamamıştır.

(c) Mahkeme önünde dinlenme hakkının ihlal edildiğine yönelik şikayet

54. 28 Mart 2011 tarihinde başvuran, Temyiz Mahkemesi'nin kararıyla ilgili olarak mahkeme önünde dinlenme hakkının (*Gehörsrüge*) ihlal edildiğine dair şikayette bulunmuştur. Başvuran, Temyiz Mahkemesinin kararını kendisine Federal Başsavcı'nın veya savunma avukatının görüşleri hakkında yorum yapma fırsatı vermeden verdiğini iddia etmiştir. Ayrıca, başvuran Federal Başsavcı tarafından dayanılan belirli delillere ilişkin bildiklerini detaylandırmasının ve bu belgelerin esas içeriğini sunmasının öngörülebilir olmadığını iddia etmiştir. Başvurana göre Temyiz Mahkemesi, talebini reddetmeden önce uygun şekilde kendisinin görüşünü almalıydı. Başvuran her halükarda, Federal Başsavcı'nın dayandığı her bir kanıtı üzerinde yorum yapmasının zorunlu olmasının, dosyanın kapsamı göz önüne alındığında, kamuya suç isnat edilmesi talebini etkisiz hale getireceğini belirtmiştir.

55. Temyiz Mahkemesi, 31 Mart 2011 tarihli kararıyla başvuranın şikayetini dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir. 16 Şubat 2011 tarihli karar, resmi gerekliliklere uyulup uyulmadığını belirlemek için yalnızca başvuranın bu şekildeki beyanlarına dayandırılmıştır. Soruşturma dosyasına sınırlı bir şekilde erişmesine izin verildiğini dikkate almıştır. Mahkemenin, kamu davası açtırma talebinin sunulması için zaman sınırının sona ermesi ve resmi kusurların artık giderilemeyecek olması nedeniyle, başvuranın beyanlarındaki boşluklara dikkat çekme görevi bulunmamaktaydı.

4. Federal yargıtay nezdindeki yargılamalar

56. Müdafii tarafından temsil edilen başvuran, 17 Mart 2011 ve 27 Nisan 2011 tarihlerinde Federal Anayasa Mahkemesi'ne anayasal şikayette bulunmuştur. Daha ileri tarihli şikayet önceki şikayeti kapsamakta ve Temyiz Mahkemesi'nin 31 Mart 2011 tarihli kararına itiraz etmekteydi. Ceza soruşturmasının etkisiz kaldığını iddia eden başvuran özellikle, hava saldırısının nesnel koşullarını kapsamlı bir

şekilde belirlemek için gerekli tüm soruşturma tedbirlerinin alınmadığını ileri sürmüştür: Şüphelilerin hava saldırısı emri verme kararlarını kendilerine sunulan bilgilere dayandırıp dayandıramayacaklarını ve yeterli ihtiyati tedbirlerin alınıp alınmadığını belirlemek amacıyla ne başvuran, ne görgü tanıkları, ne de askeri uzmanlar sorgulanmıştır. Mağdurların sayısı belirlenmemiştir ve ölüm nedeni hakkında tıbbi raporlar da yoktur. Ayrıca, başvuran -hava saldırısının iki mağdurunun yakını olarak- soruşturma dosyasına sınırlı ve gecikmiş erişim, dinlenilmemesi, Federal Başsavcı'nın yürütmeyi durdurma kararının tebliğinde gecikme ve Temyiz Mahkemesi tarafından uygulanan aşırı kabul edilebilirlik koşulları nedeniyle yargılamalara yetersiz bir şekilde dahil olmuştur.

57. 8 Aralık 2014'te Federal Anayasa Mahkemesi hükme ilişkin (no. 2 BvR 627/14) anayasal şikayetin soruşturma dosyasına erişimle ilgili kısmını kabul etmemiştir. Başvuran, mevcut başvuruda bu karara itiraz etmemiştir.

58. 19 Mayıs 2015 tarihinde Federal Anayasa Mahkemesi, hükme ilişkin anayasa şikayetinin (no. 2 BvR 987/11) ceza soruşturmasının etkinliği ile ilgili kısmını her halükarda temelsiz bularak kabul etmemiştir. Başvuranın etkili bir ceza soruşturması hakkı olmasına rağmen, hem Federal Başsavcının soruşturmayı kapatma kararı hem de Düsseldorf Temyiz Mahkemesi'nin başvuranın kamu davası açtırma talebine ilişkin kararı ilgili gereklilikleri karşılamıştır.

59. Federal Başsavcı'nın soruşturmayı kapatma kararı, ne yaşam hakkının önemini, ne Devlet'in bu hakkı koruma yükümlülüklerini ne de Federal Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında tanımlanan ölümlere ilişkin etkin bir soruşturma yürütme gerekliliğini yanlış değerlendirmiştir. Federal Başsavcı'nın kararı, gerçekleştirilen soruşturmaları açıklamış ve makul şüphe gerekçelerine ulaşmak için yeterli gösterge bulunmadığı sonucuna varmıştır. Bu karar, esas olarak, şüphelilerin, hava saldırısı emrini verdikleri esnada, Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu'nun 11 § 1 no. 3 maddesi uyarınca sorumluluk için gerekli olan niyetin aranmamasını gerektirecek şekilde akaryakıt tankerlerinin hemen yakınında bulunan kişilerin silahlı isyancılar olduğuna ikna oldukları varsayımına dayandırılmıştır. Varılan bu çıkarım keyfi değildi ve dolayısıyla anayasa hukuku kapsamındaki itirazları geçerli kılmıyordu.

60. Hava saldırısını gözlemleyen tanıkların sorgulanması gibi ek soruşturma tedbirleri bu olguyu değiştirmezdi. Bombalamanın kendisi ve çok sayıda sivilin öldüğü hakkında hiçbir zaman herhangi bir şüphne gündeme gelmemişti. Soruşturmayı kapatma kararının kilit noktası, şüphelilerin hava saldırısının sivilleri yaralayacağını ve hatta öldüreceğini kesin olarak bildiklerinin kanıtlanamamasıydı. Ne bu tespit ne de bu amaçla yürütölen soruşturmalar anayasa hukuku açısından bir endişeye mahal vermemekteydi. Son olarak, Federal Başsavcının kendisini Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu kapsamındaki suçları soruşturmaya sevk eden aynı fiil sonucunda işlenmiş olabilecek Ceza Kanunu kapsamındaki suçları da soruşturmaya yetkili olduğuna karar vermesi keyfi değildir.

61. Federal Anayasa Mahkemesi ayrıca Düsseldorf Temyiz Mahkemesi'nin 16 şubat 2011 tarihli kararının da anayasa hukuku açısından endişe yaratmadığına karar vermiştir. Federal Başsavcı tarafından yürütölen soruşturmalar ve ilgili soruşturmalarındaki belgeler anayasal gereklilikleri karşılamıştır. Bu nedenle, bir mahkemenin müteakip inceleme kararı, etkili bir ceza soruşturması hakkının ihlaliyle sonuçlanamaz. Bu bağlamda, soruşturmanın kapatılmasına ilişkin itiraz edilen karar söz konusu olduğu sürece, mahkemenin kamu davası açtırma talebini kabul edilemez veya dayanaktan yoksun bularak reddetmiş olup olmadığı belirleyici olmayacaktır. Temyiz Mahkemesi bu talebi kabul edilemez bularak reddetmiştir, ancak Temyiz Mahkemesi'nin gerekçesinin şekli ve kapsamı, Federal Başsavcı'nın görevden alma kararının ve orada belgelenen soruşturmaların ayrıntılı bir incelemesini yaptığını ortaya koymuştur.

62. Ayrıca, Federal Anayasa Mahkemesi, Temyiz Mahkemesi'nin kararında, başvuranın yasal menfaatlerinin etkili bir şekilde korunması hakkının (*Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz*) öneminin ve kapsamının yanlış değerlendirilmediğini tespit etmiştir. Temyiz Mahkemesinin kamu davası açtırma talebinin içeriğine ilişkin olarak uyguladığı şartlar, bu açıdan anayasa hukuku kapsamında endişe yaratmamıştır. Başvuran, kamu davası açtırmaya yönelik talebini önemli ölçüde soruşturma dosyasının içeriğine dayandırdığı için, alıntı yaptığı delillerin esas içeriğini sunmak zorunda kalmıştır. Aksi takdirde, kanun koyucunun, yetkili mahkemenin talebin kesinliğini yalnızca özete dayalı olarak inceleyebilmesi gerektiği yönündeki niyeti sarsılmış olacaktır. Bir şüphelinin ifadesinin veya tanık

sorgularının bazı bölümlerinin bağlamından ayrılarak seçilmesi veya hatta çarpık bir temsil edilmesi, soruşturmanın sonucuna ilişkin, kolayca düzeltilemeyecek, hatalı bir görüntü oluşturabilir. Bu durum başvurayı, şüpheliyi aklayacak koşullar hakkında da bilgi sunmaya mecbur kılabilir. Somut başvuruda ise başvuran bu gereklilikleri karşılamamıştır.

63. Son olarak, Temyiz Mahkemesi'nin kararı, başvuranın mahkeme önünde dinlenme hakkını ihlal etmemiştir. Bu bağlamda, Federal Anayasa Mahkemesi, Temyiz Mahkemesi'nin 31 Mart 2011 tarihli kararında öne sürülen gerekçeleri onaylamıştır.

64. Nihai karar, 13 Temmuz 2015 tarihinde başvuranın müdafisine tebliğ edilmiştir.

5. Diğer soruşturmalar

65. COMISAF, 4 Eylül 2009 sabahı hava saldırısını öğrendikten sonra bir soruşturma başlatmıştır. "İlk Eylem Ekibi" olarak da adlandırılan grup ilgili tarihte öğleden sonra Kunduz'a gelmiştir. Ekibe F-15 uçağının video görüntüleri gösterilmiş ve ekip Albay K. de dahil olmak üzere PRT Kunduz'un birkaç üyesiyle görüşmeler gerçekleştirmiştir. Ertesi gün, olay yerinde inceleme yapan ekip, bir hastaneyi ziyaret ederek Afgan yetkililerle görüşmüştür. Ekip, 6 Eylül 2009 tarihli raporunda, olayların bir Ortak Soruşturma Kurulu tarafından daha detaylı bir şekilde değerlendirilmesini tavsiye etmiştir. Bu kurul, araştırmasını 26 Ekim 2009 tarihinde tamamlamış ve bulgularını ikinci bir raporda ("COMISAF soruşturma raporu") yayınlamıştır. Her iki rapor da NATO- /ISAF- Gizli" derecesinde gizlidir “

66. Afganistan İslam Cumhuriyeti Devlet Başkanı'nın talimatıyla 4 Eylül 2009'da Kunduz'a bir soruşturma komisyonu göndermiş ve bu komisyon hava saldırısının tanıklarıyla görüşerek ve deliller elde etmiştir. Nihai rapor 10 Eylül 2009'da yayınlanmış ve raporda hava saldırısının 69'u isyancı ve 30 sivil olmak üzere 99 kişiyi öldürdüğü sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, hem isyancılar hem de siviller yaralanmıştır. Raporda ayrıca hava saldırısının isyancılara yönelik olduğu ve Taliban ağını zayıflatmayı başardığı belirtilmiştir.

67. Birleşmiş Milletler Afganistan Yardım Misyonunun ("UNAMA") hava saldırısının potansiyel sivil kurbanlarına dair listesi; Misyon, 109 ölü ve 33

yaralının kişisel bilgilerini içeren bir liste hazırlamıştır. Buna ek olarak, komisyon hava saldırısı hakkında yıllık raporunda (UNAMA, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunmasına İlişkin Yıllık Rapor 2009* , Ocak 2010) şu şekildedir:

Kunduz’un Aliabad İlçesi’nde kaçırılan petrol tankerlerine karşı düzenlenen hava saldırısı

“3 Eylül’de bir grup Taliban askeri Kunduz-Baghlan anayolu üzerinde iki yakıt tankeri kaçırmıştır. Söz konusu kişiler Aliabad Bölgesi’ndeki Omarkhel köyü yakınlarındaki Chahar Dara Bölgesi’ne doğrultusunda Kunduz nehrini geçmeye çalışmışlardır. Kamyonlar nehir yatağında saplanmış ve isyancılar kamyonları saplandıkları yerden çıkaramayınca, Taliban yakındaki köylüleri yakıtı almaları için davet etmiştir. Birkaç saat sonra, köylüler yakıtı çekerken 4 Eylül sabahı erken saatlerde bir hava saldırısı düzenlenmiştir. Çok sayıda insanı yakıp kimlik tespitini son derece zorlaştıran bir ateş topu oluşmasının bir sonucu olarak soruşturmalar karmaşık bir hal almıştır. Bazı Taliban mensuplarının bölgede olduğu tartışmaya kapalı olsa da kamyonların çevresinde çok sayıda sivilin de bulunduğu açık olmalıydı. UNAMA HR’nin araştırmalarına göre aralarında çocukların da bulunduğu 74 sivil hayatını kaybetmiştir.”

68. Uluslararası Kızıl Haç Komitesi de 5 Eylül 2009 tarihinden itibaren hava saldırısını soruşturmuş ve 30 Ekim 2009’da ISAF’a gizli bir rapor sunmuştur.

69. 16 Aralık 2009’da Alman Parlamentosu, *diğerleri arasında*, hava saldırısının Parlamentonun Alman silahlı kuvvetlerine verdiği yetkiye, operasyonel planlamaya ve geçerli emirlere ve angajman kurallarına uygun olup olmadığını değerlendirmek için bir araştırma komisyonu kurmuştur. 20 Ekim 2011’de komisyon soruşturmasını tamamlayarak raporunu yayınlamıştır. Hava saldırısının kurbanlarının sayısı ile ilgili olarak, komisyon raporunda farklı raporların 14 ila 142 ölü (14 ila 113 sivil) ve on ila 33 yaralı (dört ila dokuz sivil) arasında olduğu kaydedilmiştir. İlgili emirlere ve angajman kurallarına uyulması hususu ile ilgili olarak, raporda Albay K.’nin hava saldırısı emri verirken bazı usuli hatalar yaptığı ve yürürlükteki ISAF angajman kurallarını kısmen ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Sonuç olarak, komisyonun elindeki bilgilere göre, hava saldırısının orantılı olduğunu kabul etmek mümkün değildi ve söz konusu hava saldırısı emredilmemeliydi. Ancak komisyon, Albay K.’nin ilgili zamanda elinde olan en iyi bilgiye dayanarak ve “askerlerini” korumak için hareket ettiğini de belirtmiştir. Bu nedenle, Albay K.’nin hava saldırısı emri verme kararı anlaşılabilir.

6. *Tazminat için hukuk davası*

70. Başvuran başka bir kişiyle birlikte 4 Eylül 2009 tarihli hava saldırısında akrabalarının öldürülmesiyle ilgili olarak Federal Almanya Cumhuriyeti aleyhinde tazminat davası açmıştır. Bonn Bölge Mahkemesi davayı reddetmiş ve davacıların Köln Temyiz Mahkemesi önündeki temyiz talebi sonuçsuz kalmıştır. Daha sonra, Federal Yargıtay 6 Ekim 2016 tarihli kararıyla davacıların temyiz başvurusun dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir. Federal Yargıtay, NATO'nun operasyonel komutası altındaki *Bundeswehr*'in sınır dışı askeri operasyonları nedeniyle Almanya'nın dava edilemeyeceği sorusunu açık bırakmıştır. Ancak, Federal Yargıtay ilk olarak, davacıların doğrudan uluslararası hukuka dayanarak bireysel olarak uluslararası insani hukukun ihlal edildiği iddiasıyla Almanya'dan tazminat talep edemeyeceklerini ve bu hakkın kural olarak yalnızca ilgili Devletler tarafından kullanılabileceğini tespit etmiştir. Federal Yargıtay ikinci olarak, Devlet sorumluluğuna ilişkin Alman yasasının, denizaşırı bir silahlı çatışma için konuşlandırılma çerçevesinde Alman silahlı kuvvetleri tarafından yabancı vatandaşlara verilen zarara uygulanamayacağını tespit etmiştir. Bu uygulanabilirlik hususundan bağımsız olarak, davacıların bu türden bir iddiası bir Alman askeri veya makamı tarafından resmi görev ihlal edilmediğinden, özellikle de Albay K. tarafından uluslararası insani hukuk kurallarının kusurlu bir şekilde ihlal edilmemiş olduğu için her halükarda reddedilir. Temyiz Mahkemesi, Bölge Mahkemesi tarafından tespit edilen olgulara dayanarak Albay K.'nin hava saldırısı emrini verdiği sırada, hava saldırısı alanında sivillerin olduğunu nesnel olarak öngerelemeyeceğini ve kendisinin tüm uygulanabilir ihtiyati tedbirlerin alınmış olduğunu belirlerken hukuki bir hata yapmamıştır. Federal Anayasa Mahkemesi, başvuranın bu hukuk davasıyla ilgili olarak yaptığı anayasa şikayetini değerlendirmeyi reddetmiştir (dosya no. 2 BvR 477/17, 16 Aralık 2020 tarihinde iletilen 18 Kasım 2020 tarihli karar).

İLGİLİ YASAL ÇERÇEVE VE UYGULAMA

I. ULUSLARARASI MATERYALLER

A. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları ve Afganistan ve ISAF’a ilişkin uluslararası anlaşmalar

1. 5 Aralık 2001 tarihli daimi devlet kurumlarının yeniden kurulmasına kadar Afganistan’daki geçici düzenlemelere ilişkin Anlaşma ("Bonn Anlaşması")

71. Aşağıda, yukarıda bahsedilen anlaşmanın ilgili bölümlerine yer verilmiştir:

“Afganistan konulu BM görüşmeleri katılımcıları,

...

Afganistan’ın bağımsızlığını, ulusal egemenliğini ve toprak bütünlüğünü yeniden *teyit* ederek,

Afganistan halkının İslam, demokrasi, çoğulculuk ve sosyal adalet ilkelerine göre kendi siyasi geleceğini özgürce belirleme hakkını *kabul* ederek,

...

Yeni bir Afgan güvenlik gücünün tam olarak oluşturulması ve işleve geçmesi için biraz zamana ihtiyaç duyulabileceğini ve bu nedenle bu süreçte bu anlaşmanın Ek I kısmında ayrıntıları verilen diğer güvenlik hükümlerinin uygulamaya konulması gerektiğini *kabul* ederek,

...

Aşağıdaki konularda mutabık kalmışlardır:

GEÇİCİ YETKİLİ

...

V. Nihai Hükümler

...

3) Geçici Otorite terör, uyuşturucu ve organize suçlarla mücadelede uluslararası toplumla işbirliği yapar. Geçici Otorite uluslararası hukuka saygı duymayı ve komşu ülkelerle ve uluslararası toplumun geri kalanıyla barışçıl ve dostane ilişkiler sürdürmeyi taahhüt eder.

...

EK I

ULUSLARARASI GÜVENLİK GÜCÜ

1. BM’nin Afganistan Müzakerelerinin katılımcıları, ülke genelinde güvenlik, kanun ve düzeni sağlama sorumluluğunun Afganların kendilerine ait olduğunu kabul etmiştir. Bu amaçla, katılımcılar, tüm Birleşmiş Milletler ve Afganistan’da

HANAN / ALMANYA KARARI

konuslanmış uluslararası hükümet ve sivil toplum kuruluşlarının diğer personeli de dahil olmak üzere, bu güvenliği sağlamak için kendi imkânları ve etkileri dahilinde her şeyi yapacaklarını taahhüt etmişlerdir.

2. Bu amacı akılda tutarak, katılımcılar yeni Afgan güvenlik ve silahlı kuvvetlerinin kurulmasını ve bu kuvvetlerin eğitiminde yeni Afgan makamlarına yardım etmek için uluslararası toplumun yardımını talep etmişlerdir.

3. Yeni Afgan güvenlik ve silahlı kuvvetlerinin tam olarak oluşturulması ve işlevine kavuşması için biraz zamana ihtiyaç duyulabileceğinin bilincinde olan Afganistan ile ilgili BM Müzakereleri katılımcıları, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nden, Birleşmiş Milletler himayesi altındaki bir gücün Afganistan'a önceden konuşlandırılmasına izin vermeyi düşünmesini talep etmiştir. Bu kuvvet, Kabil ve çevresindeki bölgelerin güvenliğinin sağlanmasına yardımcı olacaktır. Böyle bir kuvvet, uygun olduğu yerlerde, diğer şehir merkezlerine ve diğer alanlara aşamalı olarak genişletilebilecektir.

4. Afganistan konulu BM Müzakereleri katılımcıları, tüm askeri birliklerini Kabil'den ve diğer şehir merkezlerinden veya BM'nin yetkilendirdiği gücün konuşlandığı diğer bölgelerden çekme sözü vermiştir. Böyle bir gücün Afganistan'ın altyapısının rehabilitasyonuna yardımcı olması da arzu edilmiştir.”

2. 20 Aralık 2001 tarihli ve 1386 (2001) sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı

72. Yukarıdaki karar aşağıdaki gibidir:

“Güvenlik Konseyi,

Afganistan hakkındaki 14 Kasım 2001 tarihli 1378 (2001) ve 6 Aralık 2001 tarihli 1383 (2001) sayılı ilke kararları başta olmak üzere geçmiş tarihli ilke kararlarını *yineleyerek*,

Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca terörizme son verilmesi için uluslararası çabaları *destekleyerek* ve ayrıca 12 Eylül 2001 tarihli 1368 (2001) sayılı ve 28 Eylül 2001 tarihli 1373 (2001) sayılı kararlarını *yeniden onaylayarak*,

Afganistan'da, tüm Afganların baskı ve terörden etkilenmeden devredilemez hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlayacak gelişmeleri *memnuniyetle karşılayarak*, Ülke genelinde güvenlik, kanun ve düzeni sağlama sorumluluğunun Afganların kendilerine ait olduğunu *kabul* ederek,

Konsey'in, 5 Aralık 2001 tarihinde Bonn'da imzalanan kalıcı devlet kurumlarının yeniden kurulmasına dek uygulanacak Afganistan'daki geçici düzenlemelere ilişkin Anlaşmayı (S/2001/1154) (Bonn Anlaşması) onayladığını *yineleyerek*,

Güvenlik Konseyi'ne, Bonn Anlaşması'nın Ek 1'inin 3. paragrafında yer alan ve bir uluslararası güvenlik gücünün Afganistan'a önceden konuşlandırılmasına izin verilmesine ilişkin talebi ve Afganistan'a Birleşmiş Milletler tarafından

HANAN / ALMANYA KARARI

yetkilendirilmiş bir uluslararası güvenlik kuvvetinin konuşlandırılmasının Afgan makamlarınca memnuniyetle karşılandığı Genel Sekreter Özel Temsilcisinin Afgan makamlarıyla temasları hakkında 14 Aralık 2001 tarihli brifingini *dikkate alarak*,
Dr. Abdullah Abdullah'ın Güvenlik Konseyi Başkanı'na yazdığı 19 Aralık 2001 tarihli mektubu (S/2001/1223) *dikkate alarak*,

Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Dışişleri ve Milletler Topluluğu İşlerinden Sorumlu Devlet Bakanının 19 Aralık 2001 tarihli Genel Sekretere yazdığı mektubu (S/2001/1217) memnuniyetle *karşılayarak* ve mektupta yer alan bir Uluslararası Güvenlik Destek Gücünün örgütlenmesinde ve komutasında Birleşik Krallığın öncülük etme teklifini *dikkate alarak*,

Tüm Afgan güçlerinin, kadın haklarına saygı da dahil olmak üzere insan hakları hukuku ve uluslararası insani hukuk kapsamındaki yükümlülüklerine sıkı sıkıya bağlı kalmaları gerektiğini *vurgulayarak*,

Afganistan'ın egemenliğine, bağımsızlığına, toprak bütünlüğüne ve ulusal birliğine olan güçlü bağlılığını yineleyerek,

Afganistan'daki durumun halen uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturduğunu tespit ederek,

Bonn Anlaşması uyarınca kurulan Afgan Geçici Otoritesi ile istişare içinde, Uluslararası Güvenlik Destek Gücü'nün görev süresinin tam olarak yerine getirilmesini sağlamaya *kararlı* olarak,

Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümü uyarınca bu nedenlerle *hareket ederek* ,

1. *Bonn* Anlaşması'nın Ek 1'inde öngörüldüğü üzere, Afgan Geçici Otoritesinin yanı sıra Birleşmiş Milletler personelinin güvenli bir ortamda faaliyet gösterebilmesi için Kabil ve çevresindeki alanlarda güvenliğin tesis edilmesinde Afgan Geçici Otoritesine yardımcı olmak üzere 6 aylık bir Uluslararası Güvenlik Destek Gücü kurulmasına *izin verir*;

2. Üye Devletleri, Uluslararası Güvenlik Destek *Gücüne* personel, teçhizat ve diğer kaynaklar bakımından katkıda bulunmaya çağırır ve ilgili Üye Devletleri Destek Gücünün liderliğini ve Genel Sekreter'i bilgilendirmeye *davet eder*;

3. Uluslararası Güvenlik Destek Gücüne katılan Üye Devletlere, Destek Gücünün görevini yerine getirmesi için gerekli tüm önlemleri alma *yetkisi verir*;

4. Uluslararası Güvenlik Destek Gücünü, gücün görev süresi boyunca Afgan Geçici Otoritesi ve Genel Sekreter Özel Temsilcisi ile yakın istişare içinde çalışmaya *davet eder*;

5. Tüm Afganları Uluslararası Güvenlik Yardım Gücü ve ilgili uluslararası hükümet ve sivil toplum kuruluşları ile işbirliği yapmaya davet eder ve Bonn Anlaşmasının taraflarının tüm Birleşmiş Milletler personelinin ve Afganistan'da konuşlanmış uluslararası hükümet ve sivil toplum kuruluşlarının diğer tüm personelinin emniyetini, güvenliğini ve hareket özgürlüğünü sağlamak da dahil olmak üzere, güvenliği

HANAN / ALMANYA KARARI

sağlamak için araçları ve etkileri dahilinde her şeyi yapma taahhüdünü *memnuniyetle karşılar*;

6. Bonn Anlaşması'nın Afgan taraflarınca verilen ve işbu Anlaşmanın Ek 1'inde yer alan tüm askeri birliklerini Kabil'den çekme taahhüdünü *kaydeder* ve onları bu taahhüdü Uluslararası Güvenlik Destek Gücü ile işbirliği içinde uygulamaya *davet eder*;

7. Komşu Devletleri ve diğer Üye Devletleri, Uluslararası Güvenlik Destek Gücüne, üstten uçuş izinlerinin ve transit geçişin sağlanması da dahil olmak üzere, talep edilebilecek gerekli yardımları sağlamaya *teşvik eder*;

8. Uluslararası Güvenlik Destek Gücünün masraflarının ilgili katılımcı Üye Devletler tarafından karşılanacağını *vurgular*, Genel Sekreterden katkılarını Üye Devletlere veya ilgili operasyonlara yönlendirilebileceği bir güven fonu oluşturmasını *talep eder* ve Üye Devletlerden bu fona katkıda bulunmalarını teşvik eder;

9. Uluslararası Güvenlik Destek Gücü liderliğinin, yetkisinin Genel Sekreter aracılığıyla uygulanmasına yönelik ilerleme hakkında periyodik raporlar sunmasını talep eder;

10. Uluslararası Güvenlik Destek Gücüne katılan Üye Devletlere, yeni Afgan güvenlik ve silahlı kuvvetlerinin kurulması ve eğitiminde Afgan Geçici Otoritesine yardım etmek için yardım sağlamaya çağırır;

11. Konuyla aktif olarak ilgilenmeye *karar verir*. ”

3. Sonrasında Verilen Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları

73. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 13 Ekim 2003 tarihli ve 1510 (2003) sayılı Kararında ISAF'ın yetkisini Afganistan'ın Kabil ve çevresi dışında bulunan bölgelerini kapsayacak şekilde genişletmiştir.

74. Ayrıca, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 1386 (2001) sayılı İlke Kararı ile ISAF'a verilen yetkiyi sürekli olarak yenilemiştir. İlgili tarihte, 22 Eylül 2008 tarihli 1833 (2008) sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi İlke Kararı ile yetkilendirme 13 Ekim 2008'i takip eden on iki aylık bir süre için uzatılmıştır. İlgili İlke Kararının ilgili kısımları şu şekildedir:

“Güvenlik Konseyi,

...

Ülke genelinde güvenlik, kanun ve düzeni sağlama sorumluluğunun Afgan Yetkililerine ait olduğunu *kabul ederek*; Uluslararası Güvenlik Destek Gücü'nün (ISAF) Afgan Hükümetine güvenlik durumunu iyileştirmede yardımcı olmadaki rolünü vurgulayarak ve; Afgan Hükümetinin ISAF ile işbirliğini memnuniyetle *karşılayarak*;

...

HANAN / ALMANYA KARARI

Birleşmiş Milletler'in uluslararası toplumun çabalarına öncülük ederek Afganistan'da barış ve istikrarın desteklenmesinde oynamaya devam ettiği merkezi ve tarafsız rolü *vurgulayarak*; bu bağlamda, Birleşmiş Milletler Afganistan Yardım Misyonu (UNAMA) ve ISAF'ın hedeflerindeki sinerjiye *değinerek*; ve kendi belirlenmiş sorumluluklarını gerektiği gibi dikkate alarak, güçlendirilmiş işbirliği, koordinasyon ve karşılıklı desteğe duyulan ihtiyacı *vurgulayarak*;

...

Ayrıca, Afgan Hükümeti'nin hukukun üstünlüğünü garanti etme, Afgan halkının güvenliğini tesis etme ve halka temel hizmetler sağlama ve halkın insan haklarından ve temel özgürlüklerinden tam olarak yararlanmalarını sağlama kapasitesine karşı Taliban, El Kaide ve diğer aşırılık yanlısı grupların gerçekleştirdiği şiddet ve terör eylemlerinin zararlı sonuçlarından duyduğu endişeyi dile getirerek,

Afganistan Hükümeti'nin, ISAF ve Kalıcı Özgürlük Operasyonu (OEF) koalisyonu da dahil olmak üzere uluslararası toplumun yardımıyla, güvenlik durumunu iyileştirme ve Taliban, El Kaide ve diğer aşırılık yanlısı grupların oluşturduğu tehdide yanıt vermeye devam etme çabalarına desteğini *yineleyerek* ve bu bağlamda, ISAF ve OEF koalisyonunununkiler de dahil olmak üzere, düzenli uluslararası çabaya duyulan ihtiyacı *vurgulayarak*,

...

ISAF ve diğer uluslararası güçlerin sivil kayıp riskini en aza indirmek için gösterdiği çabaları kabul ederek, ve özellikle taktik ve prosedürlerin sürekli olarak gözden geçirilmesi ve sivil kayıpların meydana geldiği durumlarda ve Afgan Hükümetinin bu ortak soruşturmaları uygun bulduğu durumlarda Afgan Hükümeti ile işbirliği içinde eylem sonrası inceleme ve soruşturmaların yürütülmesi yoluyla, ISAF ve diğer uluslararası güçleri bu bağlamda ilave güçlü çabalar göstermeye çağırarak,

...

Afgan Yetkililerinin, Birleşmiş Milletler'in yardımıyla bir sonraki cumhurbaşkanlığı seçimlerinin düzenlenmesinde oynayacağı öncü rolü *hatırlatarak* ve seçimlere elverişli güvenli bir ortamın sağlanmasında ISAF tarafından Afgan Makamlarına yapılacak yardımın önemini *vurgulayarak*,

...

Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO) tarafından sağlanan liderlik ve Afganistan'daki terörle mücadele operasyonları çerçevesinde ve geçerli uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak faaliyet gösteren deniz tecridi bileşeni de dahil olmak birçok ülkenin ISAF ve OEF koalisyonuna yaptığı katkılarından dolayı takdirini *ifade ederek*,

Afganistan'daki durumun hala uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturduğu *tespitini yaparak* ,

HANAN / ALMANYA KARARI

Afgan Hükümeti ile koordineli olarak ISAF'ın görev süresinin tam olarak yerine getirilmesini sağlamaya *kararlı* olarak,

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 7. Bölümü uyarınca bu nedenlerle *hareket ederek*,

1. 1386 (2001) ve 1510 (2003) sayılı kararlarda tanımlandığı üzere Uluslararası Güvenlik Destek Gücü'nün yetkisini 13 Ekim 2008'in ardından sonra on iki aylık bir süre için uzatmaya;

2. ISAF'a katılan Üye Devletlere, ISAF'ın görevini yerine getirmesi için gerekli tüm önlemleri alma *yetkisi vermeye*;

...

5. ISAF'ın kuvvet yetkisinin uygulanmasında Afgan Hükümeti ve Genel Sekreter Özel Temsilcisi ve OEF koalisyonu ile yakın istişare içinde çalışmaya devam etmeye *davet etmeye*;

6. ISAF liderliğinden, Güvenlik Konseyi'ni, Genel Sekreter aracılığıyla, üç aylık raporların düzenlenmesi de dahil olmak üzere, yetkisinin uygulanması hakkında düzenli olarak bilgilendirmesini *talep etmeye*;

7. Bu konuyla aktif olarak ilgilenmeye *karar vermiştir.*"

4. *Uluslararası Güvenlik Gücü (ISAF) ile Afganistan Geçici Yönetimi ('Geçici Yönetim') arasında yapılan 4 Ocak 2002 tarihli Askeri Teknik Anlaşma*

75. Yukarıdaki anlaşma, ilgili olduğu ölçüde aşağıdaki gibidir:

"Madde I: Genel Yükümlülükler

...

4. Bu Askeri Teknik Anlaşmanın amaçları doğrultusunda, aşağıdaki ifadeler aşağıda açıklanan anlama sahip olacaktır:

...

g. Sorumluluk Alanı (AOR), Ek B'de belirtilen haritadaki işaretlenmiş alan anlamına gelmektedir.

...

i. 'Saldırı Eylemi' silahlı askeri gücün herhangi bir şekilde kullanılması anlamına gelmektedir.

...

Madde II: Uluslararası Güvenlik Güçlerinin Durumu

1. ISAF'ın Statüsüne ilişkin düzenlemeler Ek A'da bulunmaktadır.

Madde III: Güvenlik ve Kanun ve Düzenin Sağlanması

1. Geçici Yönetim, güvenlik ile kanun ve düzenin sağlanmasının kendi sorumluluğunda olduğunu kabul eder. İlgili sorumluluk, uluslararası kabul görmüş standartlara ve Afganistan yasalarına uygun olarak ve uluslararası kabul görmüş insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı göstererek ve uygun diğer önlemleri alarak

HANAN / ALMANYA KARARI

faaliyet gösteren tanınmış bir Polis Gücünün oluşturulup idare edilmesini de desteklenmesini kapsar.

2. Geçici Yönetim, tüm Afgan Askeri Birliklerinin Bonn Anlaşması uyarınca kendi komuta ve kontrolü altına alınmasını sağlayacaktır. Geçici İdare; Kabil’de bulunan tüm Askeri Birlikleri mümkün olan en kısa sürede Ek C’de ayrıntıları verilen belirlenmiş kışlalara geri göndereceğini kabul eder. Bu birlikler, Geçici Yönetimin önceden onanın alınmadığı ve Geçici İdare Başkanının ISAF Komutanına haber vermediği sürece Kışlalardan ayrılmayacaktır.

3. Geçici Yönetim, AOR içindeki Tüm Saldırgan Eylemlerden kaçınacaktır.

...

EK A

Uluslararası Güvenlik Destek Gücünün Statüsüne İlişkin Düzenlemeler (“ISAF Kuvvetlerin Statüsü Anlaşması”)

Madde 1: Yargı Alanı

1. Misyondaki uzmanlarla ilgili 13 Şubat 1946 tarihli Birleşmiş Milletler Ayrıcalık ve Muafiyetler Sözleşmesi hükümleri, *gerekli değişiklikler yapılarak* ISAF’a ve ilgili irtibat personeli de dahil olmak üzere destek personeline uygulanacaktır.

...

3. İlgili irtibat personeli de dahil olmak üzere, ISAF ve destek personeli Afganistan topraklarında işleyebileceği herhangi bir cezai veya disiplin suçuyla ilgili olarak, her koşulda ve her zaman kendi ulusal unsurlarının münhasır yargı yetkisine tabi olacaktır. Geçici Yönetim, ISAF’a katkıda bulunan ülkelere kendi yargı alanlarının uygulanmasında yardımcı olacaktır.

4. İlgili irtibat personeli dahil olmak üzere ISAF ve destek personeli, bireysel yakalama veya gözaltı bakımından dokunulmaz olacaktır. Yanlışlıkla yakalanan veya gözaltına alınan ilgili irtibat personeli de dahil olmak üzere ISAF ve destek personeli derhal ISAF yetkililerine teslim edilecektir. Geçici İdare, ilgili irtibat personeli de dahil olmak üzere ISAF ve destek personelinin, katkıda bulunan ülkenin açık rızası olmaksızın uluslararası bir mahkemeye veya başka bir kuruma veya Devlete teslim edilemeyeceğini veya başka bir şekilde bu kurum ve devletlerin nezaretine verilemeyeceğini kabul eder. ISAF Kuvvetleri, Afganistan yasalarına ve kültürüne saygı gösterecektir.

...”

B. İç hukuk ve uygulama

1. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

76. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin (“Viyana Sözleşmesi”) 31. maddesi şu şekildedir:

Madde 31 Genel Yorum Kuralı

HANAN / ALMANYA KARARI

“1. “1. Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, (andlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar:

a- andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma;

(b) andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır:

(a) Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma,

(b) Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması.

(c) Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir.”

2. Uluslararası Adalet Divanı İçtihadı

77. Uluslararası Adalet Divanı, *Nükleer Silah Tehdidinin veya Kullanımının Meşruiyeti* (8 Temmuz 1996) hakkındaki İstisari Mütalaasında aşağıdakileri belirtmiştir:

“25. Mahkeme, Medeni ve Siyasi Hakların Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin korumasının, Sözleşme’nin belirli hükümlerinin ulusal bir olağanüstü hal zamanında askıya alınabileceğini öngören 4. Maddesinin işletildiği haller dışında, savaş zamanlarında sona ermediğini gözlemlemektedir. Ancak yaşam hakkına saygı bu hükümlerden biri değildir. İlke olarak, kişinin yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılmaması hakkı, çatışmalar için de geçerlidir. Bununla birlikte, keyfi olarak yaşamdan mahrum bırakmanın ne olduğuna dair uygulanacak test, ilgili *lex specialis*(özel kanun), yani düşmanlıkların yürütülmesini düzenlemek için tasarlanmış olan ve silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir kanun tarafından belirlenecektir. Bu nedenle, savaşta belirli bir silahın kullanılması yoluyla gerçekleşen belirli bir can kaybının, Sözleşme’nin 6. maddesine aykırı olarak keyfi bir yaşamdan yoksun bırakma olarak kabul edilip edilmeyeceğine, yalnızca silahlı çatışmalarda geçerli olan hukuka atıfta bulunularak karar verilebilir ve böylesine bir çıkarım Sözleşmenin kendi koşullarından yola çıkılarak yapılamaz.

...

41. Meşru müdafaa hakkının kullanılmasının gereklilik ve ölçülülük şartlarına tabi olması, uluslararası teamül hukukunun bir kuralıdır. Mahkeme’nin *Nikaragua*

içindeki ve aleyhindeki Askeri ve Paramiliter Faaliyetlere ilişkin davada belirttiği üzere (Nikaragua / Amerika Birleşik Devletleri); "meşru müdafaa'nın yalnızca silahlı saldırıyla orantılı olacağına ve bu tedbirlerin alınmasını zorunlu kılacağına dair, özel ve uluslararası teamül hukukunda oldukça yerleşik bir kural bulunmaktadır (UAD Raporları 1986 , s. 94, § 176) Bu ikili koşul, hangi kuvvet kullanılırsa kullanılsın, eşit olarak Şartın 51. Maddesine de uygulanır."

78. Uluslararası Adalet Divanı *İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları Üzerine İstisari Mütalaasında* (9 Temmuz 2004), İsrail'in taraf olduğu insan hakları belgelerinin işgal altındaki topraklara uygulanamayacağı yönündeki iddiasını reddetmiş ve şu sonuca ulaşmıştır:

"106. ... Mahkeme, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 4. Maddesinde yer alan türden askıya alma hükümleri hariç olmak kaydıyla insan hakları sözleşmelerinin sunduğu korumanın, silahlı çatışma durumunda sona ermediği sonucuna ulaşmıştır. Uluslararası insan, hukuk ile insan hakları hukuku arasındaki ilişki hususunda ise, üç olası durum ortaya çıkmaktadır: bazı haklar münhasıran uluslararası insani hukukun konularını teşkil edebilirken; diğerleri münhasıran insan hakları hukukunun konularını teşkil edebilir; başkaca haklar ise uluslararası hukukun bu iki dalının konusunu teşkil edebilir. Mahkeme, kendisine yöneltilen soruyu cevaplamak için uluslararası hukukun bu dallarını, yani insan hakları hukukunu ve *lex specialis*(*özel kanun*) olarak uluslararası insani hukuku dikkate almak durumundadır."

79. Uluslararası Adalet Divanı, *Kongo Bölgesindeki Silahlı Faaliyetlere ilişkin kararında (Kongo Demokratik Cumhuriyeti / Uganda)* (19 Aralık 2005) aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

"215. Mahkeme UPDF'nin [Uganda Halk Savunma Gücü] ve UPDF subay ve askerlerinin davranışlarının Uganda'ya atfedilebilir olduğunu tespit ettikten sonra, artık bu davranışın Uganda'nın uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiği anlamına gelip gelmediğini incelemelidir. Bu bağlamda, Mahkeme'nin bu amaçla ilgili olan uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insani hukuk kural ve ilkelerini belirlemesi gerekmektedir.

216. Mahkeme öncelikle, uluslararası insani hukuk ile uluslararası insan hakları hukuku arasındaki ilişki ve uluslararası insan hakları hukuku belgelerinin ulusal topraklar dışında uygulanabilirliği konularını İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçlarına ilişkin 9 Temmuz 2004 tarihli İstisari Mütalaasında ele alma fırsatına sahip olduğunu hatırlatır. Bu İstisari Mütalaada Mahkeme şu bulgulara ulaşmıştır:

"İnsan hakları sözleşmelerinin sağladığı koruma, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 4. Maddesinde bulunan türden askıya alma hükümlerinin etkisi hariç tutulmak kaydıyla silahlı çatışma durumunda, sona ermez. Uluslararası insan,

hukuk ile insan hakları hukuku arasındaki ilişki hususunda ise, üç olası durum ortaya çıkmaktadır: bazı haklar münhasıran uluslararası insani hukukun konularını teşkil edebilirken; diğerleri münhasıran insan hakları hukukunun konularını teşkil edebilir; başkaca haklar ise uluslararası hukukun bu iki dalının konusunu teşkil edebilir.” (UAD Raporlar 2004, s. 178, § 106.)

Dolayısıyla Mahkeme, uluslararası hukukun her iki kolunun, yani uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insani hukukun da dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme ayrıca, uluslararası insan hakları enstrümanlarının ‘bir Devlet tarafından kendi toprakları dışında yargı yetkisini kullanırken yaptığı fiiller bakımından’, özellikle işgal altındaki topraklarda uygulanabilir olduğu sonucuna ulaşmıştır (adı geçen yerde., s. 178-181, §§ 107-113).”

3. *uluslararası insani hukuk*

80. Uluslararası silahlı çatışmalara uygulanan ve 8 Haziran 1977 tarihli Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol (I. Protokol) (“Ek Protokol I”) ile ilgili 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokolün 50. Maddesi sivilleri silahlı kuvvetler mensubu olmayan kişiler olarak tanımlamaktadır. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanan ve 8 Haziran 1977 tarihli Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına ilişkin Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol (Protokol II), (“Ek Protokol II”) ile ilgili 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol sivil tanımı içermemektedir. Ek Protokol I’de yapılan sivil tanımı, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için de geçerli olan bir uluslararası teamül hukuku normudur (bk. Uluslararası Kızılhaç Komitesi (“ICRC”) tarafından yapılan Uluslararası İnsani Teamül Hukuku çalışmasının 5. maddesi ve burada yer alan ilgili yorumlar²). Siviller, çatışmalarda doğrudan yer almadıkları sürece, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda saldırılara karşı koruma altındadır (Ek Protokol II’nin 13 (3). Maddesi ve Uluslararası İnsani Teamül Hukuku çalışmasının 6. Maddesi). Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bakımından, Uluslararası İnsani Teamül Hukuku çalışmasında, muhalefet gruplarının üyelerinin sivil olarak kabul edilip edilemeyeceği ve yalnızca çatışmalarda doğrudan yer aldıkları sürece yasal olarak saldırıya hedef alınıp alınamayacağına ya da muhalefet üyelerinin üyelikleri nedeniyle sürekli olarak çatışmalarda doğrudan yer

² J.-M. Henckaerts ve L. Doswald-Beck (ed.), *Customary International Humanitarian Law (Uluslararası İnsani Teamül Hukuku)* (Cenevre/Cambridge: ICRC/Cambridge University Press, 2005).

alıp almadıkları veya sivil olarak kabul edilip edilmediği konusunda bir belirsizlik olduğu belirtilmiştir (5. ve 6. Madde hakkındaki yorumlara bakınız). 2009'da ICRC, Uluslararası İnsani Hukuk Kapsamında Çatışmalara Doğrudan Katılım Kavramına İlişkin Yorumlayıcı Kılavuz'u yayınlamıştır.³ Bu belgede, diğerlerinin yanı sıra, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda örgütlü silahlı grupların, çatışmaya taraf olmayan bir Devletin silahlı kuvvetlerini oluşturduğu ve yalnızca sürekli işlevi çatışmalarda doğrudan yer almak olan bireylerden oluştuğu ("sürekli savaş işlevi") belirtilmiştir. Silahlı bir çatışmaya taraf olmayan bir Devlete ait olan organize silahlı grupların bu tür üyeleri, sürekli savaş işlevlerini üstlendikleri sürece, sivil olmaktan çıkarlar ve doğrudan saldırılara karşı korumalarını kaybederler.

81. Ek Protokol I'in 51(4) Maddesinde ortaya koyulan ayırım gözetmeyen saldırıların yasaklanması, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu teşkil etmektedir (bk. Uluslararası İnsani Teamül Hukuku çalışmasının 11 ila 13 ve maddeleri ve bu maddeler ile ilgili yorumlar). Ek Protokol I'in 51(5)(b) Maddesinde düzenlenen ve 57(2)(a)(iii) Maddesinde tekrarlanan saldırıda orantılılık ilkesi, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda geçerli olan bir uluslararası teamül hukuku normu olarak kabul edilmektedir (bk. yukarıda 77. paragraf ve Uluslararası İnsani Teamül Hukuku çalışmasının 14. Maddesi). İlgili hüküm, öngörülen somut ve doğrudan askeri avantajı elde etmek amacıyla aşırı olacak şekilde sivil can kaybına, sivillerin yaralanmasına, sivillerin mülklerinde hasara veya bunlardan birkaçının bir araya gelmesine yol açması beklenebilecek bir saldırının başlatılmasını yasaklamaktadır. Devlet uygulaması, bu konuda *ex ante(geriye dönük tahmine dayalı)* bir bakış açısının belirleyici olduğunu göstermekle birlikte Almanya, Ek Protokol I'in onaylanması üzerine bu yönde bir beyanda bulunmuştur. Ek Protokol I'in 57 Maddesinde düzenlenen saldırıda önlem ilkesi, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilir bir uluslararası teamül hukuku normu teşkil etmektedir (bk. Uluslararası İnsani Teamül Hukuku çalışmasının 15 ila 21 ve maddeleri ve bu maddeler ile ilgili yorumlar). Buna göre,

³ N. Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*(Uluslararası İnsani Hukuk Kapsamında Çatışmalara Doğrudan Katılım Kavramına İlişkin Yorumlayıcı Kılavuz) (Cenevre: ICRC, 2009).

askeri operasyonların yürütülmesinde sivil nüfus, siviller ve sivillerin eşyalarının korunmasına sürekli olarak özen gösterilmeli ve taksirle sivil can kaybını, sivillerin yaralanmasını ve sivillerin eşyalarına verilen zararı önlemek ve her durumda en aza indirmek için savaş araç ve yöntemlerinin seçimi de dahil olmak üzere mümkün olan tüm önlemler alınmalıdır. Hedeflerin askeri hedefler olduğunu doğrulamak ve saldırının elde edilecek somut ve doğrudan askeri avantaj karşısında aşırı kalacak şekilde sivillerin hayatını kaybetmesine, sivillerin eşyalarının zarar görmesine veya bunların bir arada yaşanmasına neden olmasının beklenip beklenmediğini değerlendirmek için yapılabilecek her şey yapılmalıdır. Çatışmanın her bir tarafı, örneğin sürpriz unsurunun bir operasyonun başarısı veya saldıran kuvvetlerin güvenliği için elzem olduğu durumlar gibi koşulların izin vermediği durumlar olmadıkça, sivil nüfusu etkileyebilecek saldırılara hakkında önceden etkili bir uyarıda bulunmalıdır. “Alınabilecek” tüm önlemleri alma yükümlülüğü, birçok Devlet tarafından, insani ve askeri mülahazalar da dahil olmak üzere, o sırada geçerli olan tüm koşullar dikkate alınarak, uygulanabilir veya pratik olarak mümkün olan önlemlerle sınırlı olarak yorumlanmıştır.

82. Tümü yalnızca uluslararası silahlı çatışmalar için geçerli olan 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi ve bunlara Ek Protokol I (Sözleşmelerin müşterek 3. maddesi hariç), her Sözleşmeci Devlete, korunan kişilerin kasten öldürülmesi de dahil olmak üzere, iddia konusu ciddi Sözleşme ihlallerini soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğü yükler.⁴ Ek Protokol II benzer bir hüküm içermemektedir. Ek Protokol II’nin 6. maddesi, silahlı çatışmaya ilişkin suçların kovuşturulması ve cezalandırılmasında uyulması gereken bazı güvenceleri içermektedir: Bu güvencelerden biri mahkemenin “bağımsızlık ve tarafsızlığın temel güvencelerini” sağlaması diğeri ise, sanığın aleyhindeki gerekçeler hakkında “gecikme olmaksızın” bilgilendirilmesidir.

⁴ Kara Ordularına Mensup Yaralı ve Hastaların Durumlarının İyileştirilmesine İlişkin Cenevre Sözleşmesinin (I) (12 Ağustos 1949 tarihli) 49 ve 50. Maddeleri (“Birinci Cenevre Sözleşmesi”); Denizde Silahlı Kuvvetlerin Yaralı, Hasta ve Kazaya Uğramış Üyelerinin Durumunun İyileştirilmesine İlişkin Cenevre Sözleşmesinin (II) 50 ve 51. Maddeleri (12 Ağustos 1949) (“İkinci Cenevre Sözleşmesi”); Savaş Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Cenevre Sözleşmesinin (III) 129 ve 130. Maddeleri (12 Ağustos 1949) (“Üçüncü Cenevre Sözleşmesi”); Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesinin (IV) 146 ve 147. Maddeleri (12 Ağustos 1949) (“Dördüncü Cenevre Sözleşmesi”); ve Ek Protokol I’in 85 ve 86. Maddeleri.

83. Devletlerin kendi vatandaşları veya silahlı kuvvetleri tarafından veya kendi topraklarında işlendiği iddia edilen savaş suçlarını soruşturması ve uygunsa şüphelileri kovuşturması, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da geçerli olan yerleşik bir uluslararası insani teamül hukuku normudur. Devletler ayrıca yargı yetkisine sahip oldukları diğer savaş suçlarını da soruşturmalı ve uygunsa şüphelileri kovuşturmalıdır (bk. Uluslararası İnsani Teamül Hukuku çalışmasının 158. Maddesi ve bununla ilgili yorum). Uluslararası bir örgütün himayesi altında çok uluslu operasyonlar yürüten Devletler, sahip oldukları disiplin ve cezai yetkilerin kullanılması yolu da dahil olmak üzere, ulusal birliklerinin, uluslararası insani teamül hukuku da dahil olmak üzere, uluslararası insani hukukun tamamına saygı göstermesini sağlamakla yükümlüdür.⁵

84. Uluslararası insani hukuk, komutanlara mevzuatındaki maddeleri uyulmasını sağlamak için astlarına veya emirleri altındaki diğer kişilere karşı disiplin veya cezai yargılamaları başlatmak dahil olmak üzere görevler verir. (bk. Ek Protokol I'in 87. Maddesi ve buna ilişkin ICRC yorumu⁶ ve ayrıca Savaş suçlarını önlememe, bastırmama veya bildirmeme sorumluluğuna karşılık gelen komuta kuralına ilişkin olarak Uluslararası İnsani Teamül Hukuku çalışmasının 153. Maddesi ve bu madde ile ilgili yorum).

85. 2019 yılında, ICRC ve Cenevre Uluslararası İnsani Hukuk ve İnsan Hakları Akademisi, Uluslararası İnsani Hukuk *ihlallerinin soruşturulmasına ilişkin Kılavuz İlkeleri* yayınlamıştır: *Kanun, politika ve iyi uygulama ("Uluslararası İnsani Hukuk ihlallerinin araştırılmasına ilişkin kılavuz ilkeler")* . Bu Kılavuz İlkeler, uluslararası insani hukukun soruşturmaların nasıl yürütüleceğine ilişkin çok az sayıda kesin hüküm içerdiğini belirtmekle birlikte, bir soruşturmanın etkinliği için en yaygın olarak gerekli olan uluslararası kabul görmüş ilkelerden (bağımsızlık, tarafsızlık, eksiksizlik ve hızlilik ve değiştirilmiş bir biçimde, şeffaflık) yararlanır ve bu ilkelerin silahlı çatışmalara ilişkin soruşturmalarda pratikte nasıl uygulandığını açıklar.

⁵ ICRC, *Birinci Cenevre Sözleşmesine İlişkin Yorum* (2. baskı, Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesinin ortak 1. Maddesi ile ilgili olarak (125-126, 133-137 ve 143-149 paragraflarında).

⁶ Y. Sandoz, C. Swinarski ve B. Zimmermann (ed.), *12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek 8 Haziran 1977 tarihli Protokoller Üzerine Yorum* (Cenevre: ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, 1987), Ek Protokol I'in 87. Maddesi ile ilgili olarak (3549-3563. paragraflarda).

4. *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsani Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarının Kanun Yolu ve Tazminat Hakkına İlişkin Birleşmiş Milletler Temel İlke ve Esasları ("BM Temel İlke ve Esasları")*

86. Genel Kurul'un 16 Aralık 2005 tarihli ve 60/147 sayılı İlke Kararı (A/RES/60/147) ile kabul edilen BM Temel İlke ve Esasları, Devletlere uluslararası insani hukukun ihlallerini "etkili, hızlı, kapsamlı ve tarafsız" bir şekilde soruşturma çağrısında bulunmaktadır (II., 3. bent b).

5. *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi*

87. İnsan Hakları Komitesi, 30 Ekim 2018 tarihinde kabul ettiği Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6. Maddesi kapsamındaki yaşam hakkına ilişkin 36 No.lu Genel Yorumunda şu ifadelerle yer vermiştir

"63. ... Sözleşme'nin 2 (1) maddesi ışığında, bir taraf Devlet, ülkesinde bulunan ve yargı yetkisine tabi olan, yani üzerinde güç veya etkin kontrol uyguladığı tüm kişilerin 6. madde kapsamındaki haklarına saygı gösterme ve bu hakları güvence altına alma yükümlülüğüne sahiptir. Bu yükümlülük, Devlet tarafından etkin bir şekilde kontrol edilen herhangi bir toprak parçası dışında bulunsalar dahi yaşam hakları Devletin askeri veya diğer faaliyetlerinden doğrudan ve makul olarak öngörülebilir bir şekilde etkilenen kişileri de kapsar...

64. Tıpkı Sözleşme'nin geri kalanı gibi, 6. madde de, çatışma halinin yürütülmesi dahil olmak üzere, uluslararası insani hukuk kurallarının geçerli olduğu silahlı çatışma durumlarında uygulanmaya devam eder. Uluslararası insani hukuk kuralları, söz konusu durumun ilgili kuralların uygulanmasını gerektirmesi halinde 6. maddenin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili olabilirken, her iki hukuk alanı da birbirini dışlayıcı değil tamamlayıcı niteliktedir. Uluslararası insani hukuk ve diğer uygulanabilir uluslararası hukuk normlarına uygun bir şekilde ölümcül güç kullanımı genel olarak keyfi değildir. Buna karşılık; sivillerin, sivil nesnelerin ve sivil nüfusun hayatta kalması için vazgeçilmez olan nesnelerin hedef alınması, ayırım gözetmeyen saldırılar, ihtiyatlılık ve orantılılık ilkelerinin uygulanmaması ve canlı kalkan kullanımı da dahil olmak üzere, sivillerin ve uluslararası insani hukuk tarafından korunan diğer kişilerin hayatlarına yönelik risk teşkil eden, uluslararası insani hukuka aykırı uygulamalar da Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal etmektedir. Taraf Devletler, genel olarak, özel olarak ilgili saldırıların yasal dayanağı, askeri hedeflerin ve savaşçıların veya çatışmalarda doğrudan yer alan kişilerin belirlenmesi süreci, ilgili savaş araç ve yöntemlerinin kullanıldığı koşullar ve daha az zararlı alternatiflerin değerlendirilip değerlendirilmediği dahil olmak üzere, hedef alınmalarının yaşamdan mahrumiyetle sonuçlanması beklenen bireylere veya nesnelere ölümcül güçle

saldırma kriterlerini açıklamalıdır. Taraf Devletler ayrıca, silahlı çatışma durumlarında 6. maddenin ihlal edildiği iddiasını veya şüphesini ilgili uluslararası standartlara uygun olarak soruşturmalıdır..."

6. *Minnesota Protokolü*

88. 2017 yılında, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, bir dizi uluslararası yönergeye dönüşen, Muhtemel Yasadışı Ölümün Araştırılmasına İlişkin Minnesota Protokolü'nün ("Minnesota Protokolü") revize edilmiş bir versiyonunu yayınlamıştır. Protokolde şunlara yer verilmiştir:

"21. Çatışmaların yürütülmesi sırasında, kayıpların bir saldırıdan kaynaklandığı anlaşıldığında, hedeflemenin doğruluğu da dahil olmak üzere olay ve olguları belirlemek için operasyon sonrası bir değerlendirme yapılmalıdır. Bir savaş suçunun işlendiğinden şüphelenmek için makul nedenler varsa, Devlet tam bir soruşturma yürütmeli ve sorumluları kovuşturmalıdır. Herhangi bir ölümün, bir savaş suçu teşkil etmeyen bir Uluslararası İnsani Hukuk ihlaliyle kaynaklandığına bir şüphe veya iddia olduğu ve ölümle ilgili bir soruşturmanın ('resmi soruşturma') Uluslararası İnsani Hukuk kapsamında özel olarak gerekli olmadığı durumlarda, asgari düzeyde ilave soruşturma gereklidir. Her halükarda, hukuka aykırı davranış kanıtlarının tespit edilmesi durumunda kapsamlı bir soruşturma yürütülmelidir."

7. *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi*

89. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, devlet yetkililerinin yardımı ile paramiliter bir grup tarafından sivillerin katledilmesi iddiasına ilişkin 15 Eylül 2005 tarihli Mapiripán Massacre/Kolombiya davasındaki esasa, tazminata ve masraflara ilişkin kararında, uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın varlığını kabul etmiş ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ni yorumlarken uluslararası insani hukuku dikkate alacağını kaydetmiştir (114-115. paragraflar). Mahkeme, daha sonra hukuk dışı infazlara ilişkin soruşturmaların ölçülmesi gereken standardın "önceden sonuçsuz kalacak bir formalite olarak gerçekleştirilmemesi gereken ciddi, tarafsız ve etkili bir soruşturma" olduğuna karar vermiştir" (paragraf 223). Bu tür bir soruşturma, soruşturma altındaki olayların karmaşıklığını ve bağlamlarını göz önünde bulundurarak tutarak, gerçeğe makul bir süre içinde ulaşmak için mevcut tüm araçlardan yararlanmalıdır (bk. özellikle, Cacarica Nehir Havzasında Yerinden Edilen Afro-Soylu Topluluklar (Genesis Operasyonu)/Kolombiya, İlk İtirazlar, Esaslar, Tazminatlar ve Masraflar, 20 Kasım 2013 tarihli Karar, §§ 370-373).

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK MATERYALİ

90. Mahkemenin elindeki bilgilere göre, özellikle yurtdışında askeri operasyonlara katılan on üç Avrupa Konseyi üye Devletindeki (Belçika, Fransa, İrlanda, İtalya, Hollanda, Polonya, Romanya, Rusya Federasyonu, İspanya, İsveç, Türkiye, Ukrayna ve Birleşik Krallık) mevzuat ve uygulama bakımından, bu Devletlerin tamamı, yetkili yerel makamlarını, silahlı kuvvetlerinin mensupları tarafından yurtdışında işlendiği iddia edilen savaş suçlarını veya haksız ölümleri soruşturmak üzere yetkilendirmiştir. Sekiz ülkede soruşturma zorunludur; üç Devlette ise isteğe bağlı kovuşturmanın daha geniş anlamıyla (*opportunité des poursuites*) prensipte zorunlu değildir. Soruşturma görevi yedi Devlette esasen özerk olarak kabul edilirken, iki Devlette daha büyük ölçüde Devletin yargı yetkisine bağlıdır, ancak itiraz konusu eylemlerin Devlete atfedilmesinin gerekli bir şart olmadığı görülmektedir. Silahlı kuvvetler mensupları tarafından sınır ötesinde işlendiği iddia edilen cezai suçların soruşturulması sırasında mevcut olan usuli güvencelere ilişkin olarak; on Devletin iç hukuku, her ceza davasında geçerli olan genel usuli güvencelere atıfta bulunurken, iki Devlette, kapsamı ve niteliği olağan ceza davaları için geçerli olan hüküm ve ilkelerden önemli ölçüde farklı görünmeyen özel yasal hükümler veya ilkeler uygulanmaktadır.

III. İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. Alman birliklerinin ISAF kapsamında konuşlandırılmasına izin verilmesi

91. 22 Aralık 2001’de Alman Parlamentosu, Alman birliklerinin Afganistan’a konuşlandırılmasına ve ISAF’a katılmasına izin vermiştir. İzinde, birliklerin görev ve sorumluluklarına ilişkin Bonn Anlaşması’na ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin 1386 (2001) sayılı Kararı’na atıfta bulunulmuştur. Ayrıca, izinde, bireysel ve toplu meşru müdafaa hakkı net bir şekilde ifade edilmiştir:

“Bireysel ve toplu meşru müdafaa hakkının kullanılması [ISAF’a katılımdan] etkilenmez. Bu [ISAF] operasyonunda görevlendirilen birlikler, diğer birliklerin savunması için askeri güç kullanma yetkisine de sahiptir.”

92. 16 Ekim 2008 tarihinde Alman Parlamentosu, Alman birliklerinin Afganistan’daki konuşlandırmasını 13 Aralık 2009 tarihine kadar uzatmıştır.

B. Alman Anayasası (*Grundgesetz*)

93. Alman Anayasasının 25. maddesi şöyledir:

“Uluslararası hukukun genel kuralları, federal hukukun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu kurallar kanunlardan önce gelirler ve federal bölge sakinleri için doğrudan haklar ve görev teşkil ederler.”

C. Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Hakkında Kanun (*Völkerstrafgesetzbuch*)

94. 2002 yılının Haziran ayında, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’nün (“Roma Statüsü”) Almanya da dahil olmak üzere 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmesi amacıyla iç hukuku değiştiren Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 153f maddesi de (bk. aşağıda 96. paragraf) aynı zamanda yürürlüğe girmiştir. Mevzuat değişikliğinin temel amacı, özellikle Roma Statüsü’nde öngörülen tamamlayıcılık ilkesi dikkate alındığında, Roma Statüsü kapsamına giren suçların ulusal düzeyde soruşturulmasını ve kovuşturulmasını sağlamaktır (bk. Federal Meclis Yayını (*Bundestagsdrucksache*) no. 14/8524, s. 12).

95. Olay tarihinde yürürlükte olan Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Hakkında Kanun’un ilgili maddeleri şu şekildedir:

Madde 1

“Bu Kanun, bu Kanunda belirtilen uluslararası hukuka aykırı tüm suçlar ve suç yurt dışında işlenmiş olsa ve Almanya ile bağlantısı olmasa dahi, bu Kanunda belirtilen ciddi suçlar hakkında uygulanır.”

Madde 2

“Bu Kanun’un 1. ve 3 ile 5 arasındaki maddelerinin özel hükümler içerdiği durumlar haricinde, bu Kanun kapsamındaki suçlar hakkında genel ceza hukuku uygulanır.”

Madde 11

Yasaklanmış savaş yöntemlerinin kullanılmasından kaynaklanan savaş suçları

“(1) Uluslararası bir silahlı çatışmayla veya uluslararası nitelikte olmayan silahlı bir çatışmayla bağlantılı olarak

...

3. askeri yollarla bir saldırı gerçekleştiren ve saldırının sivillerin ölümüne veya yaralanmasına veya sivil nesnelere, öngörülen somut ve doğrudan genel askeri avantaja oranısız bir boyutta zarar vereceğini kesin bir şekilde öngören kişi,

...

üç yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır. ...

(2) Failin, bir sivilin (Ceza Kanununun 226. maddesi) veya uluslararası insani hukuk kapsamında korunan bir kişinin, (1) numaralı fıkranın 1 ile 6 arasındaki bentleri uyarınca bir suç nedeniyle ölümüne veya ciddi şekilde yaralanmasına neden olması halinde, beş yıldan az

olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Failin kasten ölüme sebebiyet vermesi halinde, müebbet hapis cezası veya on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

...”

D. Ceza Soruşturmaları

96. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ceza soruşturmalarını düzenleyen ilgili maddeleri şu şekildedir:

Madde 152

“(1) Cumhuriyet savcılığı kamu davası açma yetkisine sahiptir.

(2) Kanunda aksi öngörülmedikçe, Cumhuriyet savcılığı, yeterli olgusal bulguların bulunması koşuluyla, kovuşturulabilir tüm suçlarla ilgili olarak işlem yapmakla yükümlüdür.”

Madde 153c

“(1) Cumhuriyet savcısı aşağıdaki hallerde suçlar hakkında kovuşturma yürütmeyebilir:

1. suçun bu Kanun’un bölgesel kapsamı dışında işlenmiş olması halinde...;

...

Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Hakkında Kanun uyarınca cezai sorumluluğu bulunan suçlar, 153f maddesine tabidir.

...”

Madde 153f

“(1) Şüphelinin Almanya’da ikamet etmemesi ve Almanya’da ikamet etmesi beklenmemesi durumunda, Cumhuriyet savcılığı, 153c maddesinin 1. fıkrasının 1. ve 2. bentlerinde atıfta bulunulan hallerde, Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Hakkında Kanun’un 6 ila 14 arasındaki maddeleri uyarınca cezai sorumluluğun söz konusu olduğu bir suç hakkında kovuşturma yürütmeyebilir. Ancak, 153c maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde belirtilen hallerde, şüphelinin Alman vatandaşı olması durumunda, bu hüküm sadece suçun uluslararası bir adalet mahkemesi önünde veya suçun topraklarında işlendiği veya söz konusu suç nedeniyle vatandaşı yaralanan devlet tarafından kovuşturulmakta olması halinde uygulanır.

“(1) Şüphelinin Almanya’da ikamet etmemesi ve Almanya’da ikamet etmesi beklenmemesi durumunda, Cumhuriyet savcılığı, 153c maddesinin 1. fıkrasının 1. ve 2. bentlerinde atıfta bulunulan hallerde Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Hakkında Kanun’un 6 ila 14 arasındaki maddeleri uyarınca cezai sorumluluğu bulunan bir suç hakkında, özellikle aşağıdaki durumlarda kovuşturma yürütmeyebilir:

1. hiçbir Alman vatandaşının suçu işlediğinden şüphelenilmemesi halinde;

2. suçun Alman vatandaşına karşı işlenmemiş olması halinde;

3. herhangi bir şüphelinin Almanya’da ikamet etmemesi veya ikamet etmesinin beklenmemesi halinde;

4. suçun uluslararası bir adalet mahkemesi veya topraklarında suç işlenen ve vatandaşının suç şüphelisi veya suçtan zarar görmüş olduğu devlet tarafından kovuşturulmakta olması halinde.

...”

Madde 160

“(1) Cumhuriyet savcılığı, suç ihbarı veya diğer yollarla suç şüphesine ilişkin bilgi edindiğinde, kamu davası açılıp açılmamasına karar vermek üzere olaylar hakkında soruşturma yürütür.

(2) Cumhuriyet savcılığı, sadece suçluluğu kanıtlayan değil, aynı zamanda suçsuzluğu da kanıtlayan koşulları tespit eder ve kaybedilmesinden endişe duyulan delillerin toplanmasını sağlar. ...”

Madde 170

“(1) Soruşturmaların kamu davası açmak için yeterli gerekçe sağlaması halinde, Cumhuriyet savcılığı yetkili mahkemeye iddianame sunarak dava açar.

(2) Diğer tüm hallerde, Cumhuriyet savcılığı işlemleri sona erdirir. Şüphelinin dinlenmiş olması veya şüpheli hakkında yakalama kararı düzenlenmiş olması durumunda, Cumhuriyet savcısı bu durumu şüpheliye bildirir; şüphelinin bildirim istemiş olması veya bildirim yapılmasında menfaatinin bulunması durumunda da bildirim yapılır.”

Madde 171

“Cumhuriyet savcılığı, kamu davası başvurusunu kabul etmez veya soruşturmayı tamamladıktan sonra işlemlerin sonlandırılmasına karar verirse, gerekçelerini belirterek başvuru sahibini bilgilendirir.” Başvuru sahibi aynı zamanda mağdur olan kişiye, karara itiraz etme imkanı ve itiraz süre sınırı kararda başvuru sahibine bildirilir. (Madde 172(1)).”

97. Yerleşik ulusal uygulamaya göre, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 152 § 2 maddesinde yer verilen “yeterli olgusal bulgular” eşiğinin altında olan bir kişinin suç işlediğine yönelik bulgular, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 160 § 1 maddesi uyarınca resmi bir ceza soruşturması açılması için yetersizdir. Bu tür bir durumda, Cumhuriyet savcılığı, resmi bir ceza soruşturmasının açılmasını haklı kılacak nitelikte “şüpheye ilişkin ön gerekçeler” (*Anfangsverdacht*) bulunup bulunmadığını tespit etmek amacıyla hazırlık soruşturması yürütebilir. Bu kapsamda yapılacak hazırlık soruşturmalarında, ilgili kişi “sanık” statüsünde değildir ve hiçbir zorlayıcı soruşturma tedbiri alınamaz. Ancak, Cumhuriyet savcılığı tanıkları sorgulamaya ve gerektiğinde tanıkların ifadesini almaya yetkilidir (bk. Offenburg Bölge Mahkemesi, no. Qs 41/93, 25 Mayıs 1993 tarihli karar).

E. Cumhuriyet savcısının dava açmama kararına karşı itiraz imkanları

98. Cumhuriyet savcılığının dava açmama kararları, *kesin hükiim (res judicata)* anlamında nihai nitelikte kararlar değildir. Yeni bir delil bulunması halinde veya -örneğin, mağdur tarafça daha sonra verilen ifadeler şeklinde- mevcut

delillerin farklı bir şekilde sunulması halinde (bk. Federal Adalet Mahkemesi, no. 2 StR 524/10, 4 Mayıs 2011 tarihli karar, paragraf 9), kovuşturma yeniden başlatılabilir.

99. Ceza soruşturmasının sonlandırılması kararına karşı, kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde, kamu davası açtırılması talebiyle yapılacak başvuru suretiyle, mağdur tarafça itirazda bulunulabilir (Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172 ve devamı maddeleri). Bu tür bir başvuruyu destekleyen dilekçe, suçlamaları ve suçun işlendiğine yönelik delilleri temellendirmeye yönelik olarak olayları içermelidir. Bu resmi koşul, mahkemenin dosyaları veya ekleri incelemeye gerek kalmaksızın, sadece dilekçe içeriğine dayalı olarak suçun işlendiğine dair yeterli şüphe bulunup bulunmadığını tespit etmesine imkan vermektedir (bk. Hamm Temyiz Mahkemesi, no. 3 Ws 209/09, 14 Temmuz 2009 tarihli karar). Dilekçe sahibi, Cumhuriyet savcısının sona erdirmeye kararının özüne yer vermelidir (Hamm Temyiz Mahkemesi, no. 1 Ws 135/11, 28 Nisan 2011 tarihli karar; Federal Anayasa Mahkemesi, no. 2 BvR 967/07, 4 Eylül 2008 tarihli karar, paragraf 17). Dilekçe sahibi, soruşturma dosyasında yer alan ek delillere dayanmak isterse, ilgili delillerin temel içeriğine dilekçesinde yer vermelidir. Bu durum, dilekçe sahibinin, şüpheliyi aklayabilecek delilleri detaylandırmasını gerektirebilir (bk. Federal Anayasa Mahkemesi, no. 2 BvR 2040/15, 27 Temmuz 2016 tarihli karar, paragraf 15). Mahkeme şüphe için yeterli gerekçe olup olmadığını değerlendirirken, şüphelinin sonraki ceza yargılamalarında *şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)* ilkesi kapsamında beraat etmesi gerekip gerekmeyeceğini değerlendirebilir (bk. Federal Anayasa Mahkemesi no. 2 BvR 2318/07, 13 Aralık 2007 tarihli karar, paragraf 2).

100. Federal Anayasa Mahkemesi, Cumhuriyet savcıları tarafından verilen işlemleri sona erdirmeye kararlarını inceleme ve bozma yetkisine sahiptir ve bu yetkiyi kullanmaktadır (bk. no. 2 BvR 878/05, 17 Kasım 2005 tarihli karar, paragraf 23). Kamu davası açtırılması talebinin reddine ilişkin bir kararın, koşulların aşırı şekilci bir biçimde uygulanmasına dayalı olduğu durumlarda, Federal Anayasa Mahkemesi kişinin temel haklarının ihlal edildiğine karar verebilir (bk. no. 2 BvR 912/15, 21 Ekim 2015 tarihli karar). Federal Anayasa Mahkemesi, Devlet görevlilerinin sorumluluk taşıyabileceği cinayetlere ilişkin davalarda, Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca etkili soruşturmalar bakımından kendisini

Mahkeme içtihadının gerekleriyle uyumlu hale getirmiştir (bk. no. 2 BvR 2307/06, 4 Şubat 2010 tarihli karar; no. 2 BvR 2699/10, 26 Haziran 2014 tarihli karar).

**F. Mahkemelerin Yapısı Hakkında Kanun
(Gerichtsverfassungsgesetz)**

101. Almanya Mahkemelerin Yapısı Hakkında Kanun'un ilgili hükümleri şu şekildedir:

Madde 120

“(1) Cezai konularda, *Eyalet* hükümetinin bulunduğu bölgenin Temyiz Mahkemesi, ilgili Eyalet bölgesinde, aşağıdaki durumları içeren ilk derece davalarını görme ve bu davalarda karar verme yetkisine sahiptir:

8. Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Hakkında Kanun kapsamındaki suçlar.

...”

Madde 142a

“(1) Federal Başsavcı, 120(1) ve (2) hükümleri uyarınca Temyiz Mahkemelerinin ilk derece yargı yetkisine giren cezai konularda Cumhuriyet savcılığının görevlerini bu mahkemelerde de yerine getirir. Kovuşturmanın Federal Başsavcıya devredilmesi için, yargı yetkisinin ön koşullarını yerine getirmek bakımından yeterli olgusal bulguların bulunması yeterlidir. Cumhuriyet savcılığı, Federal Başsavcıyı, kovuşturmanın kendisine devredilmesini incelemeye neden olan olaylar hakkında gecikmeksizin bilgilendirir. Madde 120(1) kapsamındaki durumlarda, bir Eyaletin Cumhuriyet savcılığı görevlileri ile Federal Başsavcı arasında kovuşturmayı hangisinin üstleneceği konusunda anlaşma sağlanamazsa, Federal Başsavcı karar verir.”

Madde 146

“Cumhuriyet savcılığı yetkilileri, üstlerinin resmi talimatlarına uymakla yükümlüdürler.”

Madde 147

“Denetleme ve talimat yetkisi:

1. Federal Başsavcı ve federal savcılar bakımından Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanına aittir...”

HUKUKSAL DEĞERLENDİRME

I. KABUL EDİLEBİLİRLİK

A. Mahkemenin kişi ve yer bakımından yetkisi

1. Tarafların beyanları

(a) Davalı Hükümet

102. Davalı Hükümet, başvurunun *kişi ve yer* bakımından Sözleşme Hükümleriyle bağdaşmadığını ileri sürmüştür.

(i) *Kişi bakımından uygunluk*

103. Hükümet, Mahkemenin *kişi bakımından yetkisi* açısından, *Behrami ve Behrami/Fransa ve Saramati/Fransa, Almanya ve Norveç* ((k.k.) [BD], no. 71412/01 ve 78166/01, 2 Mayıs 2007) kararlarına atıfta bulunarak, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın VII. Bölümü kapsamında faaliyet gösteren Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin yetkisi ve kontrolü altında gerçekleştirilen askeri hareketlerin, ilgili Sözleşmeci Devlete atfedilemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu askeri hareketi inceleme konusunda *kişi bakımından yetkili* değildir. Hükümet ayrıca, *Behrami ve Behrami* kararında varılan sonucun daha sonra verilen kararlarla Mahkeme tarafından teyit edildiğini ve yerleşik içtihat olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkemenin *Jaloud/Hollanda* ([BD], no. 47708/08, AİHM 2014), *Al-Jedda/Birleşik Krallık* ([BD], no. 27021/08, AİHM 2011), ve *Al-Skeini ve Diğerleri/Birleşik Krallık* ([BD], no. 55721/07, AİHM 2011) kararlarında Irak'ta gerçekleştirilen bazı askeri hareketlerin ilgili Sözleşmeci Devletlere atfedilebilir olduğu sonucuna varmasıyla ilgili olarak, bu durum söz konusu davaların istisnai koşullarına dayalıdır. Ancak, bu özel koşullar, olgusal düzeyde *Behrami ve Behrami* kararıyla kıyaslanabilir nitelikteki mevcut davada bulunmamaktadır:

- ISAF, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 1386 (2001) sayılı kararıyla oluşturulmuştur; daha öncesinde mevcut değildir. Güvenlik Konseyi ISAF'a katılan Devletlere “gerekli tüm tedbirleri alma” yetkisi vererek, yetkilerini aktarmıştır. Söz konusu yetki yeterince kesin ve görevin amaçları ile ilgili tüm tarafların rollerini ve sorumluluklarını tanımlayıcı niteliktedir. Ayrıca, raporlama gerekliliği öngörülmüştür.

- ISAF, çok uluslu bir güç oluşturan çok sayıda Devletin birlikleri üzerinde müşterek bir komutanlık olarak, KFOR (Kosova Gücü) ile kıyaslanabilir nitelikte komuta ve kontrol edilmiştir. Askeri oluşuma dahil olan Devletler arasında Sözleşme'ye taraf olmayan Devletler bulunmaktadır.

- ISAF'ın güvenlik oluşumu ve Afganistan'daki askeri faaliyetleri Güvenlik Konseyi ve BM organları tarafından defalarca onaylanmıştır. Bu onaylama, Taliban ile mücadele etmek üzere hava saldırılarını da içermiştir.

- Almanya tarafından sağlanan birlik üzerinde “tam komuta” olarak isimlendirilen hususun Alman komutanların yetkisi altında bulunması bu

değerlendirmeyi değiştirmemiştir. Bu nedenle, birlik katkısında bulunan Devletlerle ilgili olarak, KFOR ve ISAF arasında hiçbir fark yoktur.

(ii) *Yer bakımından uygunluk*

(α) Afganistan’da sınır ötesi yargı yetkisinin kullanılmaması

104. Mahkeme ayrıca başvuruyu *yer bakımından* inceleme yetkisine sahip değildir. Başvuranın oğullarının ölümü, Almanya’nın sınır ötesi yargı yetkisini kullanırken meydana gelmemiştir. Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, bir Sözleşmecî Devlet yalnızca “bir bölge üzerinde etkin kontrol” veya “Devlet temsilcisinin yetki ve kontrolünün” uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda kendi toprakları dışında yargı yetkisini kullanmaktadır. Bu iki istisna da somut olayda geçerli değildir.

105. Almanya, Kunduz bölgesi ve bombalanan alan üzerine etkin kontrole sahip değildir. Eylül 2009’da, bölgedeki Alman ISAF birlikleri, isyancıların kontrolü altındaki aktif bir muharebe alanında savaş faaliyetlerinin yürütülmesinde yer almışlardır. Bölgedeki isyancı sayısı neredeyse ISAF birliklerinin sayısı kadardı. Kunduz’da konuşlanan ISAF birlikleri, karargahtan her çıktıklarında isyancıların saldırısına uğrama veya bubi tuzaklarına düşme tehlikesiyle karşı karşıya kalmışlardır. Bu askerler sadece tepkisel önlemler alabilmiş ve isyancılarla yapılan savaşlarda ciddi kayıplar vermişlerdir. Yaklaşık 8.000 kilometrekarelik söz konusu bölge ve bölgede aktif olan çok sayıda ve yüksek düzeyde yapılanmaya sahip Taliban isyancıları ile kıyaslandığında, ISAF’ın askeri birlik gücü ISAF’ın Kunduz bölgesi üzerinde etkin kontrole sahip olması için oldukça azdır.

106. “Devlet temsilcisi yetki ve kontrolüne” dayalı yargı yetkisiyle ilgili olarak, dava *Al-Skeini ve Diğerleri* veya *Jaloud* davalarıyla kıyaslanabilir nitelikte değildir (her ikisi de yukarıda belirtilmiştir). Afganistan’daki ISAF konuşlanması boyunca hiçbir zaman 2003 ve 2004 yıllarında Irak’ta yaşanan duruma benzer bir durum yaşanmamıştır. ISAF misyonu sadece silahlı isyancılara karşı mücadelede ve Afgan güvenlik güçlerinin oluşturulmasında sivil Afgan hükümetine destek vermeye odaklanmıştır. Sivil Afgan hükümeti özellikle Kunduz bölgesinde kendi güvenlik güçlerine sahiptir. Söz konusu hava saldırısını takip eden sabah, Alman ve diğer keşif birimleri gelmeden önce hala orada bulunan silah artıklarından oluşan yığını temizleyen Afgan güvenlik güçleridir. Alman keşif birimi, ancak Afgan güvenlik güçlerinden bir birimin Taliban isyancılarının saldırılarına karşı koruma

sağlamasının ardından bölgeyi araştırabilmiştir. ISAF, örneğin genel güvenliği ve düzeni sağlamak üzere polis yetkilerini kullanarak, hükümet yetkileri kullanmamış veya yürütme işlevleri üstlenmemiştir.

107. 4 Eylül 2009 tarihinde gerçekleştirilen hava saldırısı, bu saldırıdan etkilenen kişiler ve davalı Devlet arasında yargı yetkisi bağı oluşturmamıştır; zira, bu saldırı anlık bir sınır ötesi eylemdir ve 1. maddenin hükümleri “yargı yetkisinin” “sebeup-sonuç” anlayışını kabul etmemektedir (*Banković ve Diğerleri/Belçika ve Diğerleri* (k.k.) [BD], no. 52207/99, § 75, AİHM 2001-XII ve *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, § 64, AİHM 2010). Bu durum, Sözleşmeciler Devletlerin uluslararası insani hukuk kapsamındaki yükümlülüklerine uymak zorunda olmaları sebebiyle, sorumluluk boşluğuna yol açmamıştır.

(β) Ceza yargılamalarının başlatılması temelinde *yer bakımından* yetki bulunmaması

108. Alman yetkililerin başlattığı soruşturma tedbirleri, somut davanın kendine has koşullarında, Sözleşme’nin 2. maddesinin usulü yönünden ileri sürülen şikayetleri Sözleşme ile *yer bakımından* uyumlu hale getirmek için yeterli değildir. Hem *Güzelyurtlu ve Diğerleri/Kıbrıs ve Türkiye* ([BD], no. 36925/07, 29 Ocak 2019) hem de *Romeo Castaño/Belçika* (no. 8351/17, 9 Temmuz 2019) kararları, özellikle Sözleşme’nin 2. maddesinin usul boyutu kapsamında iki Sözleşmeciler Devlet arasında cezai konularda Sözleşme’nin yasal alanı içerisindeki iş birliği görevleri olmak üzere, iki taraflı iş birliği yükümlülüklerine ilişkindir. Böyle bir iş birliği yükümlülüğüne ilişkin yargı yetkisi bağı, insan haklarının toplu uygulamasına yönelik bir antlaşma olarak Sözleşme’nin özel yapısından kaynaklanmaktadır. Bu bağ, Sözleşme’nin yasal alanı içinde iki Sözleşmeciler Devlet arasında insan haklarının korunması sistemindeki bir boşluğu önlemeyi ve her Sözleşmeciler Devletin Sözleşme’nin 2. maddesi kapsamındaki usule ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamayı amaçlamıştır. Bu mantıksal temel, bir Devletin toprakları dışında meydana gelen ölümlere ilişkin soruşturmanın başlatılmasıyla yargı yetkisi bağının kurulduğu yönündeki ilkeyi, iki veya daha fazla Sözleşmeciler Devletin Sözleşmenin toplu uygulamasına yönelik kendi sorumluluklarını üstlenmesi gereken durumlarla sınırlandırmıştır.

109. Somut dava, Almanya’nın Sözleşme’nin toplu uygulanması konusundaki sorumluluğunu üstlenmemesiyle ilgili değildir. Sözleşme’nin yasal alanı kapsamındaki cezai konularda Sözleşmeciler Devletler arasında hiçbir karşılıklı

iş birliği yükümlülüğü söz konusu değildir. Soruşturmaya konu ölümler Avrupa Konseyine üye Devletlerin toprakları dışında yürütülen askeri harekatta gerçekleşmiştir. Sözleşmenin, Sözleşmeci Devletler arasında toplu uygulama antlaşması şeklindeki özel niteliği devreye girmemiştir.

110. Hükümet *Güzelyurtlu ve Diğerleri* (yukarıda anılan), *Markovic ve Diğerleri/İtalya* ([BD], no. 1398/03, AİHM 2006-XIV) ve *Chagos Islanders/Birleşik Krallık* ((k.k.), no. 35622/04, 11 Aralık 2012) kararlarına atıf yaparak, soruşturma veya yargılama başlatılmasının, sadece Devletin bölgesel yargı yetkisi içerisinde alabileceği tedbirlerle ilgili olarak -böylece Mahkemenin inceleme konusunu bölgesel yargı yetkisi içinde gerçekleşen fiillerle sınırlandırarak- veya *Güzelyurtlu ve Diğerleri* davasında Türkiye'nin durumu gibi, başka şekilde tesis edilen yargı yetkisine dayanarak aldığı tedbirlerle ilgili olarak yargı yetkisi kurabileceğini ileri sürmüştür. Sınır ötesi soruşturmanın yürütüldüğü durumlarda, Sözleşmeci Devletlerin toprakları dışındaki askeri görevlerde sınır ötesi yargı yetkisinin istisnai niteliği doğrultusunda yargı yetkisi tesis edilmiştir (*Al-Skeini ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 149; *Jaloud*, yukarıda anılan, § 152). Bir Sözleşmeci Devletin ceza soruşturması başlatmaya karar vermesine yönelik resmi ve ani bir işlemi, belirli bir davanın diğer herhangi bir koşulundan bağımsız olarak, tek başına bir yargı bağı oluşturamaz ve 2. madde kapsamındaki usule ilişkin yükümlülüğü tetikleyemez. Söz konusu soruşturmanın kendisinin sınır ötesi nitelikte olup olmadığı belirleyicidir. Başvuranın itirazlarının özü, Almanya toprakları dışında ve Almanya'nın yargı yetkisi dışında alınan veya başvurana göre alınması gereken soruşturma tedbirlerine ilişkindir. Uluslararası olmayan bir silahlı çatışma esnasında aktif bir savaş bölgesinde sınır ötesi bir durumdan kaynaklanan soruşturmaya yönelik özel zorluklar daha sonra gerçekleştirilen ulusal yargılamaları da mutlaka etkilemeye devam etmiştir.

111. Almanya'nın uluslararası insani hukuk ve ulusal ceza hukuku kapsamında çatışmalar gerçekleşirken sivillerin ölümünü incelemesi zaten gerekli olduğundan, sorumluluk boşluğunu önlemek için Sözleşme'nin kapsamının genişletilmesine gerek yoktur. Ayrıca, Almanya somut davada uluslararası ceza hukuku uyarınca soruşturma yürütmekle de yükümlüdür. Buna karşın, Uluslararası

Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında Almanya'nın değil belirtilen mahkemenin yargı yetkisine ilişkindir.

112. *Güzelyurtlu ve Diğerleri* kararının kapsamı 1. madde anlamında sınır ötesi yargı yetkisinin kullanılmasını içermeyen savaş faaliyetlerinin yürütülmesinde sınır ötesi askeri harekate ilişkin soruşturmaları kapsayacak şekilde genişletilirse, Devletler ülke dışındaki olayları tespit etme açısından imkansız görevleri yerine getirme yükümlülüğü altına gireceklerdir. Bu tür bir yaklaşım, sınır ötesi yargı yetkisinin istisnai niteliğine ilişkin mevcut içtihatları ve Mahkemenin kişi bakımından yetkisini engelleyecektir. Ayrıca, 1. madde kapsamında yargı yetkisi tesis edilmesi de keyfi hale gelecektir. Yargı yetkisi bağına ilişkin başka herhangi bir gerekçe bulunduğu gösterilmemiş olsa dahi sadece yargılamaların başlatılması yargı yetkisi bağı kurulması için yeterliyse, bu durum bu tür yargılamaların yürütülmemesine teşvik edebilir. Ayrıca, bu tür bir yaklaşım, aynı sınır dışı askeri misyona katılan Sözleşmeciler Devletler arasında Sözleşme'nin tutarsız bir şekilde uygulanmasına yol açabilir. Bir Devlet kovuşturma başlatıp diğer Devlet başlatmadıysa, soruşturma başlatmayan Devlet Sözleşme kapsamındaki sorumluluktan kurtulabilir.

113. *Güzelyurtlu ve Diğerleri* davasında istisnai olarak yargı yetkisi bağına tetikleyen özel nitelikler somut davada mevcut değildir. Özellikle, ISAF Kuvvetler Statüsü Anlaşmasının 1. maddesinin 3. fıkrası uyarınca (bk. yukarıda 75. paragraf) Afganistan topraklarında işlemiş olabilecekleri suçlarla ilgili olarak Alman ISAF personeli üzerinde münhasır cezai yargı yetkisine sahip olunması, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında yargı yetkisi bağı kurulması bakımından “özel bir nitelik” teşkil etmemektedir (*Güzelyurtlu and Others*, yukarıda anılan, § 190). Belirtilen hüküm, ISAF personelinin Afgan makamlar tarafından kovuşturulmasını engelleyen dokunulmazlığa ilişkin bir kuraldır. Cezai yargı yetkisine bu şekilde sahip olunması, asker ve askeri gönderen Devlet arasındaki iç ilişkiyle ilgilidir. Ne söz konusu yetkiye sahip olunması ne de Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin ilgili Kararlarındaki yetki devri, birlik katkısı sağlayan Devletlerin sivil kolluk kuvvetlerinin Afgan topraklarında ceza soruşturması yürütmelerine herhangi bir şekilde olanak sağlamıştır. Bu tür soruşturmalar Afganistan'ın egemenliğine müdahale teşkil edebilirdi. Askeri polisin iç soruşturma yürütme yetkisiyle ilgili

yasal yetkileri sınırlıdır. Afgan tanıkları çağrılmalarına veya delilleri muhafaza altına almak amacıyla soruşturma tedbirleri veya zorlayıcı tedbirler almalarına izin verilmemiştir. Almanya'nın Afganistan'da soruşturma yürütmesine ilişkin yasal yetkileri üzerindeki bu kısıtlamalar, sorumlu oluşumun Almanya değil, BM olduğu argümanını güçlendirmiştir. Soruşturmaya ilgili olarak atfetme veya sınır ötesi yargı yetkisi için hiçbir dayanak bulunmamaktadır. ISAF Kuvvetler Statüsü Anlaşmasının 1. maddesinin 3. fıkrasına benzer bir kural *Behrami ve Behrami* (yukarıda anılan) davasında kuvvetler statüsü anlaşmasında da vardır ve söz konusu davada herhangi bir şüpheyne neden olmamıştır.

(b) Başvuran

114. Başvuran, şikayetine konu olayların Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında Almanya'nın yargı yetkisi içinde gerçekleştiğini belirtmiştir.

(i) Ceza soruşturması açmak suretiyle yargı yetkisi bağı kurulması

115. Başvuranın oğullarının ölümüyle ilgili olarak Alman yetkililer tarafından yürütülen ceza soruşturması, 1. madde anlamında Almanya ve başvuran arasında yargı yetkisi bağı kurulması için yeterlidir. *Güzelyurtlu ve Diğerleri* (yukarıda anılan) davasında, soruşturmaya konu ölümler de Devletin bölgesel yargı yetkisi dışında meydana gelmiş ve ceza soruşturmasının başlatılması yargı yetkisi bağı kurmuştur. Bu yaklaşım, ayrı ve özerk bir yükümlülüğe evrilen, Mahkemenin “ayrılabilir” ve ölüm Devletin yargı yetkisi dışında gerçekleşmiş olsa dahi Devleti bağlayabilecek nitelikte kabul ettiği 2. madde kapsamındaki usule ilişkin yükümlülüğün mahiyeti ile uyumludur. Bu yaklaşım *Markovic ve Diğerleri* (yukarıda anılan), *Aliyeva ve Aliyev/Azerbaycan* (no. 35587/08, 31 Temmuz 2014) ve *Gray/Almanya* (no. 49278/09, 22 Mayıs 2014) kararları ile aynı mantıksal temeli izlemiştir.

116. Hükümetin beyanının aksine, iş birliğinde bulunma yükümlülüğü, 2. madde kapsamındaki usul yükümlülüğünün bir parçası olarak, Sözleşmeciler Devletler arasında karşılıklı iş birliğine girmekten ibaret değildir. Mahkeme, *Güzelyurtlu ve Diğerleri* (yukarıda anılan) kararında, 2. madde kapsamındaki usul yükümlülüğüne ilişkin olarak iş birliği yapma yükümlülüğünün söz konusu olabileceği iki tür durum olduğunu açıkça belirtmiştir. Birincisi, bir Devletin kendi soruşturma yükümlülüğü kapsamında, diğer Devletlerle iş birliğine girme yükümlülüğü altında olabileceği durumlar vardır. İkincisi ise, bir Devletin, kendi

yargı yetkisi kapsamında soruşturma yürüten başka bir Devlete yardım etme yükümlülüğünün söz konusu olabileceği durumlar vardır. Mahkeme, *Güzelyurtlu ve Diğerleri* kararında, Sözleşmeciler Devletler arasında karşılıklı iş birliği yükümlülüğünden sadece ikinci durumla ilgili olarak bahsetmiştir. Somut dava ise, Almanya'nın yürütmekte olduğu bir soruşturma için iş birliğine girme yükümlülüğü ile ilgili olduğundan, birinci durumla ilgilidir. İçtihatı veya mantıkta, Almanya'yı sadece diğer Sözleşmeciler Devletlerden iş birliği talebinde bulunmakla sınırlandıran herhangi bir durum söz konusu değildir.

117. Soruşturmanın başlatılmasının yargı yetkisi bağı kurulması için yeterli olduğuna yönelik tespit, ne yargı yetkisi kurulmasını keyfi kılar ne de soruşturmanın açılmasına engel teşkil eder. Herhangi bir soruşturmanın veya yargılamanın başlatılmamış olduğu hallerde dahi, “özel niteliklerin” olduğu bir durumda 2. maddenin getirdiği usul yükümlülüğüne dayalı yargı yetkisi bağı mevcut olacaktır (*Güzelyurtlu ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 190). Bu özel nitelikler, davanın kendine has koşullarına bağlı olup, başvuranın beyanlarına göre, Devletin ulusal ve uluslararası hukuk uyarınca soruşturma yürütme yükümlülüğü altında bulunup bulunmadığını da kapsayacaktır. Somut davada, Hükümetin de kabul ettiği üzere, Albay K.nin *diğerlerine ilaveten* savaş suçu nedeniyle cezai sorumluluğunun söz konusu olduğu göz önüne alındığında, bu tür bir yükümlülük hem ulusal hem de uluslararası hukuk uyarınca mevcuttur.

118. ISAF Kuvvetler Statüsü Anlaşması'nın 1. maddesinin 3. fıkrası uyarınca (bk. yukarıda 75. paragraf), askeri personel üzerinde cezai yargı yetkisine sahip olunması bu açıdan önemlidir. Hükümetin beyanlarının aksine, bu dokunulmazlığa ilişkin bir kural değil yargı yetkisine ilişkin bir kuraldır. Almanya; Afgan makamları, BM ve ISAF ile karşılaştırıldığında, askeri personeli üzerinde açıkça cezai yargı yetkisine sahiptir. Bu durum, Alman aktörlerin Afganistan'daki eylemlerinin Almanya'ya atfedilebilir olduğu argümanını desteklemektedir. Ayrıca, Almanya söz konusu soruşturma üzerinde tam kontrole sahip olmuş, şüpheliyi sorgulamış, tanıkları dinlemiş, delilleri toplamış ve yetersiz olsa da başvuranın da dahil olduğu soruşturma işlemlerini gerçekleştirmiştir. Bu soruşturma süresince Almanya'nın yargı yetkisine hiçbir itirazda bulunulmamıştır.

İster Alman topraklarında ister yurt dışında olsun, iddia konusu tüm ihlaller Alman yetkililer tarafından gerçekleştirilmiştir.

119. Yargı yetkisi bağı sadece Almanya’da yargılamaların başlatılmasına dayalı olsaydı, Mahkemenin incelemesi Almanya topraklarında alınan soruşturma tedbirleriyle sınırlı kalmazdı. Aksine karar vermek, yargı yetkisi bağını, etkili soruşturma yürütme yönündeki usul yükümlülüğünün mahiyetiyle uyumlu gören Mahkeme içtihadına aykırı olacaktır. Başvuranın iddiasına konu soruşturma kusurlarının bazıları Afganistan’da bazıları ise Almanya’da meydana gelmiştir. Soruşturmaya yol açan olayların Avrupa Konseyine üye Devletlerin toprakları dışında gerçekleşmesi belirleyici değildir. Sözleşme sadece Sözleşmecî Devletlerin yasal alanlarında geçerli değildir. Başvuranın beyanına göre, soruşturulması gereken olayın Almanya’ya atfedilebilir olduğu ve Almanya’nın sınır ötesi yargı yetkisi alanına girdiği hususuna önem verilmelidir.

(ii) *Almanya’nın söz konusu soruşturmaya ilişkin yargı yetkisi başka koşullarla da tesis edilmiştir.*

120. Başvuran, bir ceza soruşturması olmasa bile, 1. madde anlamında yargı yetkisi bağına kurulacağını belirtmiştir. Hava saldırısının maktulleri üzerindeki “kontrolün” Almanya tarafından uygulanmış olması sebebiyle, somut başvurunun altında yatan olaylar Almanya’nın sınır ötesi yargı yetkisi kapsamındadır. Başvuran, İnsan Hakları Komitesinin 36 sayılı Genel Yorumuna (bk. yukarıda 87. paragraf) ve *Al-Skeini ve Diğerleri* (yukarıda anılan, § 137) kararına atıf yaparak, Almanya’nın, başvuranın hava saldırısında öldürülen oğullarının ilgili haklarını - somut davada yaşam hakkı- etkileyebilmesinin belirleyici olduğunu ileri sürmüştür. Bir devriye, kontrol noktası veya hava operasyonu bağlamında yaşam hakkını etkileyebilmek için yetki kullanımı arasında hiçbir mantıksal ayırım yapılamaz. Albay K.nin kara birliklerini konuşlandırmaya değil de hava saldırısı yoluna gitmeye karar vermesi, yargı yetkisi konusunda *Al-Skeini ve Diğerleri* ve *Jaloud* (her ikisi de yukarıda anılan) kararlarında varılan sonuçtan farklı bir sonuca varılmasını haklı çıkarmaz. Hava saldırısı, Almanya’nın bölgedeki resmi yetkilerini kullanmasının bir tezahürüdür. Alman birlikleri, Afgan Hükümetinin rızası ve daveti üzerine hareket etmiş ve normal koşullarda yerel veya iktidardaki makamlar tarafından kullanılan bazı kamu yetkilerini kullanmışlardır. Alman birlikleri, isyanla mücadelede kontrol noktalarının, düzenli devriyelerin ve güvenlik

operasyonlarının yürütülmesi de dahil olmak üzere, güvenliğin sağlanması konusunda Afgan Geçiş Yönetimine ve haleflerine destek sağlamak amacıyla Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından yetkilendirilmişlerdir. Bu gerekçeyle yargı yetkisi bağının tesisi için Afgan Devlet düzeninin tamamen bozulması gerekli değildir.

121. Almanya ayrıca başvuranın oğullarının ölümüne yol açan hava saldırısının gerçekleştiği bölgede etkin kontrole sahiptir. Alman komutası altındaki Kuzey Avrupa Bölge Komutanlığı (RC North) yaklaşık 5.600 askerden oluşmaktadır ve hava saldırısının yapıldığı bölge, hava saldırısı sırasında yaklaşık 1.500 askerin bulunduğu PRT kunduz üssünden sadece yedi kilometre uzaktadır. Bu bağlamda başvuran, söz konusu dönemde etkin kontrolün olayın yaşandığı bölgeyle sınırlı kalabileceğine ve Devletin işgalci bir güç olmasını gerektirmediğine dikkat çekmiştir (*Jaloud*, yukarıda anılan, §§ 139 ve 142, ve *Issa ve Diğerleri/Türkiye*, no. 31821/96, §§ 74 ve 76, 16 Kasım 2004). Alman üssüne yakınlık ve kara birliklerini derhal konuşlandırma ve -dakikalar içinde kaçırılan tankerlerin bulunduğu bölgeye ulaşan- yakın hava desteği alma imkanı, hava saldırısının gerçekleştiği bölgenin Almanya'nın etkin kontrolü altında bulunduğunu teyit etmektedir. Aktif bir savaş durumu, *tek başına*, bir Devletin, belirli bir anda, bir bölge üzerinde, özellikle o bölgedeki halkın yaşam hakkıyla ilgili olarak, etkin kontrole sahip olma ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır. Mahkeme, daha önce, silahlı çatışma bağlamında gerçekleştirilen Sözleşme ihlallerinin, 1. madde anlamında aktif savaş dönemleri de dahil olmak üzere Sözleşmecî Devletin yargı alanına girdiğine hükmetmiştir (*Hassan/Birleşik Krallık* [BD], no. 29750/09, AİHM 2014).

122. Başvuranın şikayetine konu olaylar da Almanya'ya atfedilebilir. Başvuran, *Behrami ve Behrami* (yukarıda anılan) kararında yer verilen atfetme ölçütüne yaklaşımın, eylemin atfedilmesine yönelik ön koşullardan biri olarak "etkin kontrolü" getiren *Al-Jedda* (yukarıda anılan) kararında yeniden düzenlendiğini ileri sürmüştür. Mahkeme söz konusu kararında, belirli eylemlerin birden fazla oluşuma, diğer bir ifadeyle BM ve Sözleşmecî Devlete, atfedilebileceğini de kabul etmiştir. Bu çoklu atfetme görüşü, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından zaten uzun zamandır kabul edilmektedir. COMISAF

operasyonel komutaya sahip olsa da, Almanya birlikleri üzerinde tam komutayı elinde bulundurmaya devam etmiştir (*Jaloud*, yukarıda anılan). Albay K. ve Alman birlikleri, ne herhangi bir yabancı gücün veya uluslararası örgütün “emrinde” hazır bulunmuştur ne de Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, NATO, COMISAF veya herhangi bir başka Devletin “münhasır yönetimi ve kontrolü” altında olmuştur. Bu durum, Albay K. tarafından üstlerini dahil etmeden verilen ve başvuranın oğullarının ölümüne yol açan hava saldırısına neden olan bağlayıcı emir dizisine yansımıştır. Bu eylem, Kunduz’daki Alman birliklerinin eylemine ilişkin yasal çerçevede olduğu gibi, *Behrami ve Behrami* (yukarıda anılan) kararındaki eylemden önemli ölçüde farklıdır.

2. Müdahil taraflar

(a) Danimarka, Fransa, Norveç, İsveç ve Birleşik Krallık Hükümetleri

123. Müdahil Hükümetler, *Behrami ve Behrami* (yukarıda anılan) kararına dayanarak, başvuranın şikayetlerinin *kişi bakımından* Sözleşme ile bağdaşmadığını belirtmişlerdir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, ISAF üzerinde nihai yetki ve kontrole sahiptir.

124. Müdahil Hükümetler, Almanya’nın 1. madde anlamında sınır ötesi yargı yetkisi kullanmadığını ileri sürmüşlerdir. Almanya, söz konusu alan üzerinde ne etkin kontrol ne de Devlet görevlisi yetkisi ve kontrolü uygulamıştır.

125. Müdahil Hükümetler, mevcut dava ile *Güzelyurtlu ve Diğerleri* (yukarıda anılan) davası arasında temel farklar bulunduğunu iddia etmişlerdir. Uluslararası bir örgütün yetkisi altında yurt dışındaki bir askeri operasyon çerçevesinde meydana gelen olaylarla ilgili olarak ulusal düzeyde bir soruşturma açılması, 1. madde anlamında yargı yetkisi bağ kurmak için tek başına yeterli değildir. Aksini ileri sürmek, *Behrami ve Behrami* ve *Banković ve Diğerleri* kararlarına konu içtihatların sorgulanmasına yol açacak ve Sözleşme’nin evrensel bir şekilde uygulanmasıyla sonuçlanma riskini doğurabilecektir. Bu durum, Devletlerin yurt dışında çok taraflı askeri operasyonlarda yer alma isteğini ve kabiliyetini etkileyebilir ve soruşturma başlatan Devletler üzerinde caydırıcı bir etkiye neden olabilir. Uluslararası insani hukuk, silahlı çatışma durumlarını düzenleyen özel kanun niteliğindedir ve Sözleşmeciler Devletler, Sözleşme’nin uygulanabilir olmadığı durumlarda bile, yükümlülüklerine uymak zorundadır. Uluslararası insani hukuk uyarınca, silahlı çatışmalarda meydana gelen her ölümü

araştırmaya yönelik genel nitelikte bir görev bulunmamaktadır; bunun yerine, soruşturma görevi sadece belirli koşullar altında söz konusu olmaktadır.

126. Özellikle, Fransa ve Birleşik Krallık Hükümetleri, soruşturulacak olayın Almanya'dan ziyade Birleşmiş Milletlere atfedilebilir olduğu göz önüne alındığında, Almanya'nın soruşturma yükümlülüğünün nereden kaynaklandığını sorgulamışlardır. Bu tür bir durum, davalı Devletin zaman bakımından yargı yetkisi dışında gerçekleşen eylemlere ilişkin soruşturmaları konu alan *Šilih/Slovenya* ([BD], no. 71463/01, § 159, 9 Nisan 2009) ve *Janowiec ve Diğerleri/Rusya* ([BD], no. 55508/07 ve 29520/09, § 132, AİHM 2013) davalarındaki durumdan farklıdır. Birleşik Krallık Hükümeti, -muhtemelen Sözleşmeci olmayan Devletler olan- diğer müttefiklerin rolü hakkında kaçınılmaz olarak değerlendirme yapılmasını gerektirecek soruşturma yükümlülükleri getirmenin Parasal Altın ilkesine (*Monetary Gold principle - 1943 yılında Roma'dan Götürülen Parasal Altın (Ön Sorun)*), 15 haziran 1954 tarihli karar, Uluslararası Adalet Divanı, Raporlar 1954, s. 19) aykırılık teşkil edeceğini eklemiştir.

127. Fransa ve Birleşik Krallık Hükümetleri, ISAF Kuvvetler Statüsü Anlaşması'nın 1. maddesinin 3. fıkrasının, askeri personelin disiplin konularını ele aldığını ve Almanya'da gerçekleşen soruşturma tedbirlerine ilişkin olduğunu eklemiştir. Ne ISAF ne Birleşmiş Milletler ne de Afgan yetkililer bu tür disiplin yetkilerine sahiptir. Hükmün, daha geniş sonuçlara izin vermeyen ve ilgili soruşturma tedbirlerini asker katkısında bulunan Devletlere atfedilebilir kılmayan sınırlı bir yapısı vardır. Bu hüküm, 2. maddenin usulüne ilişkin davalarda 1. madde anlamında yargı yetkisi açısından “özel bir nitelik” teşkil etmemektedir. Soruşturma tek başına ele alındığında, Birleşmiş Milletler ve ISAF misyonunun yasal çerçevesi ile Afgan yasalarının getirdiği yasal kısıtlamalar göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle, Alman savcılık makamlarının Afganistan'da soruşturma yürütmesine izin verilmemiştir.

128. Fransa ve Birleşik Krallık Hükümetleri, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün söz konusu mahkemenin yetkisine ilişkin olduğunu ve bireysel cezai sorumluluğu ele aldığını belirtmişlerdir. İlgili Hükümetler, bireysel cezai sorumluluğun bir Devletin Sözleşme kapsamındaki sorumluluğu ile karıştırılmaması gerektiğini vurgulayarak, Roma Statüsü hükümlerinin, bir

Devletin 1. madde kapsamındaki yargı yetkisinin belirlenmesinde her hangi bir etkisi olamayacağı sonucuna varmışlardır.

- (b) **Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, Açık Toplum Adalet İnisiyatifi, Cattolica del Sacro Cuore di Milano Üniversitesi Uluslararası Çalışmalar Enstitüsü ve Hak İzleme Örgütü (Birleşik Krallık - *Rights Watch*)**

129. Açık Toplum Adalet İnisiyatifi ve Cattolica del Sacro Cuore di Milano Üniversitesi Uluslararası Çalışmalar Enstitüsü, uluslararası hukukta, olay nerede olursa olsun ve Devletin 2. madde kapsamındaki esasa ilişkin hakları üzerinde yargı yetkisine sahip olup olmadığına bakılmaksızın, Devletlerin mağdurların hakları üzerinde doğrudan kontrole veya yetkiye sahip oldukları durumlarda, Devletlerin usule ilişkin yükümlülüklerini tanıma yönünde bir eğilim olduğunu belirtmişlerdir.

130. Alternatif olarak, usule ilişkin bir yükümlülüğün söz konusu olup olmadığını belirlemek için mağdurun 2. madde kapsamındaki esasa ilişkin hakları üzerinde yargı yetkisinin gerekli olması halinde, Açık Toplum Adalet İnisiyatifi ve Hak İzleme Örgütü (Birleşik Krallık), bir Devletin bir kişinin hakları üzerinde yetkiye, kontrole veya otoriteye sahip olduğu hallerde, uluslararası insan hakları hukuku yükümlülüklerinin söz konusu olduğu yönünde artan bir kabul olduğuna işaret etmiştir. Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, hedef alma veya güç kullanma temelinde yaşam hakkıyla ilgili olarak sınır ötesi yargı yetkisinin mevcut olduğunu ileri sürmüştür. Hak İzleme Örgütü (Birleşik Krallık) ve Cattolica del Sacro Cuore di Milano Üniversitesi Uluslararası Çalışmalar Enstitüsü, Hakim Bonello'nun *Al-Skeini ve Diğerleri* (yukarıda anılan) mutabık görüşünde öngördüğü gibi, yargı yetkisi analizine işlevsel bir yaklaşımı savunmuşlardır.

131. Açık Toplum Adalet İnisiyatifi, uluslararası insani hukukun çatışmaya ve söz konusu sınır ötesi olaya uygulanması halinde, Devletin soruşturma yürütmek bakımından uluslararası insani hukuk yükümlülüklerine bağlı olacağını ve yargı yetkisine ilişkin başka bir hususun söz konusu olmayacağını eklemiştir.

3. *Mahkemenin Değerlendirmesi*

(a) **Uygulanabilir ilkeler hakkında**

132. Başvuran, özellikle Sözleşme'nin 2. maddesinin usulü kapsamında, iki oğlunun ölümüne neden olan hava saldırısına ilişkin ceza soruşturması hakkında şikayette bulunmuştur. Mahkeme yakın zamanda *Güzelyurtlu ve Diğerleri* (yukarıda anılan) davasında, ölüm olayının Sözleşmecî Devletin toprakları dışında

gerçekleştiği ve Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında usule ilişkin yükümlülüğün söz konusu olduğunun belirtildiği hallerde, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında “yargı yetkisi bağının” varlığına ilişkin ilkeleri ortaya koymuştur. Mahkeme ilgili içtihadı özetledikten sonra şunları belirtmiştir:

“(b) Mahkemenin yaklaşımı

188. Yukarıda kaydedilen içtihat ışığında, Sözleşmeciler Devletin soruşturma ya da adli makamlarının, söz konusu Devletin yetki alanı dışında meydana gelen bir ölümle ilgili kendi ceza soruşturmasını ya da davasını başlatması durumunda, kendi ulusal kanunları gereğince (örneğin, evrensel yargı yetkisine ilişkin hükümler uyarınca ya da faile göre veya mağdura göre kişiselilik ilkesine dayanarak), bu soruşturmanın ya da davanın başlatılmasının, 1. maddenin amaçları bakımından Devlet ve daha sonra Mahkeme huzurunda dava açan maktul yakınları arasında yargısal yetki bağı oluşturmak için yeterli olduğu anlaşılmaktadır (bk., *gerekli değişikliklerin yapılması koşuluyla, Markovic ve Diğerleri*, yukarıda anılan, §§ 54-55).

189. Mahkeme, bu yaklaşımın aynı zamanda, 2. maddenin esas yönüyle bağlantılı eylemler tarafından tetiklense de ayrı ve özerk bir yükümlülüğe dönüşen 2. madde kapsamındaki etkili bir soruşturma yürütmeye yönelik usule ilişkin yükümlülüğün niteliğiyle uyumlu olduğunu vurgular (bk. *Šilih/Slovenya* [BD], no. 71463/01, § 159, 9 Nisan 2009 ve *Janowiec ve Diğerleri/Rusya* [BD], No. 55508/07 ve 29520/09, § 132, AİHM 2013). Bu bağlamda, 2. maddeden kaynaklanan ayrılabilir bir yükümlülük olduğu ve ölüm olayı, Devletin yargı yetkisi dışında meydana gelmiş olsa dahi, Devleti bağlayıcı nitelikte olduğu kabul edilebilir (bk., zaman bakımından uygunluğa dair, gerekli değişikliklerin yapılması koşuluyla, *Šilih*, § 159).

190. Sözleşmeciler bir Devlet tarafından yargı yetkisi dışında meydana gelen bir ölüm olayına ilişkin olarak ulusal hukuka göre soruşturma ya da yargılamaların başlatılmaması durumunda, Mahkeme, her halükarda, 2. maddede öngörülen usule ilişkin yükümlülüğün söz konusu olması için yargı yetkisi bağı kurulup kurulamayacağına karar vermek durumundadır. 2. madde kapsamındaki usule ilişkin yükümlülüğün ilke olarak sadece ölen kişinin ölüm anında yargı yetkisi alanında bulunduğu bir Sözleşmeciler Devlet için devreye girecek olmasına rağmen, *Rantsev*, §§ 243-44, kararında geliştirilen ilkelere göre, belirli bir davanın “özel nitelikleri” bu yaklaşımdan ayrılmayı haklı kılacaktır. Ancak Mahkeme, “özel niteliklerin “ her davanın kendine has koşullarına göre değişiklik gösterecek olması ve bir davadan diğerine ciddi şekilde çeşitlilik gösterebilmesi nedeniyle, hangi ‘özel niteliklerin’, 2. madde kapsamındaki soruşturmaya yönelik usul yükümlülüğüyle bağlantılı olarak yargı yetkisi bağının varlığını tetikleyeceğini soyut olarak tanımlaması gerekmediği kanaatindedir.

133. Bu ilkeleri ilgili davaya uygulayan Mahkeme, söz konusu dava kapsamında bir yargı yetkisi bağını kurmak için her biri tek başına yeterli iki gerekçeye dayanarak, Kıbrıs'ın Kıbrıs Hükümeti tarafından kontrol edilen

bölgesinde yakınlarının ölümleriyle ilgili olarak 2. maddenin usulü yönünden şikayette bulunan başvuranlar ile Türkiye arasında “yargı yetkisi bağı” kurulduğunu tespit etmiştir (aynı karar, §§ 191-196). Yargı yetkisi bağı kurulmuştur; zira ilk olarak, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti” (“KKTC”) yetkilileri başvuranların akrabalarının öldürülmesine ilişkin ceza soruşturma başlatmış ve bu durum “KKTC” mahkemelerine Kıbrıs adasının tamamında nerede bulunurlarsa bulunsunlar suçu işleyen kişiler üzerinde cezai yargı yetkisi vermiş ve dolayısıyla Türkiye’nin Sözleşme kapsamındaki sorumluluğunu söz konusu hale getirmiştir. Yargı yetkisi bağı ayrıca Kıbrıs’taki durumla ilgili iki özel durum bulunması nedeniyle de kurulmuştur: (i) Kıbrısın kuzey bölgesi, Sözleşme bağlamında Türkiye’nin etkin kontrolü altında bulunmaktadır ve bu durum *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya* (no. 25965/04, AİHM 2010 (alıntılar)) davasında ortaya konulan genel yaklaşımdan ayrılmayı haklı kılmış ve dolayısıyla Türkiye’nin 2. madde kapsamında usule ilişkin yükümlülüğünü söz konusu hale getirmiştir; (ii) cinayet şüphelilerinin Türkiye tarafından kontrol edilen topraklarda olmaları Türk ve “KKTC” yetkilileri tarafından bilinmekte olup, Kıbrıs’ın Sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmesini engellemiştir.

(b) Söz konusu ilkelerin somut davaya uygulanması

134. Alman yetkililer, kendi iç hukuk hükümleri uyarınca, 4 Eylül 2009 tarihinde Kunduz yakınlarında gerçekleşen hava saldırısıyla bağlantılı olarak başvuranın iki oğlunun ve diğer sivillerin ölümlerine ilişkin bir ceza soruşturması başlatmıştır.

135. Mahkeme, *Güzelyurtlu ve Diğerleri* kararında yer verilen ilkeleri ve bu ilkelerin belirtilen davaya konu olaylara uygulanması konularında sorgulama yapmaksızın, belirtilen dava ile somut dava arasında önemli farklılıklar bulunduğu kanısındadır. Mahkemeye göre, bir Devletin *yer bakımından* yargı yetkisi dışında ve sınır ötesi yargı yetkisi kullanımı dışında gerçekleşen ölüm olaylarına ilişkin ulusal ceza soruşturması veya davası açılmasının, tek başına, söz konusu Devlet ile maktulün Mahkeme önünde dava açan yakınları arasında yargı yetkisi bağı kurulması için yeterli olacağı yönündeki ilke (aynı karar, 188, 191 ve 196) somut davadaki söz konusu olgusal durum için geçerli değildir. Somut dava *Güzelyurtlu ve Diğerleri* davasından farklılık göstermektedir, zira Alman soruşturma makamları tarafından soruşturulan ölümler, Sözleşme’ye Taraf Devletlerin toprakları dışında,

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın VII. Bölümü kapsamında faaliyet gösteren Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin bir kararıyla verilen yetki çerçevesinde sınır ötesi askeri bir operasyon bağlamında gerçekleşmiştir. Bu yaklaşımı benimseyen Mahkeme, aynı zamanda, sadece soruşturma başlatılmasına dayanılarak bir yargı yetkisi bağı kurulmasının, sınır ötesi askeri operasyonlarda meydana gelen ölümlere ilişkin ulusal düzeyde soruşturma başlatılması üzerinde caydırıcı bir etkisi olabileceği ve aynı operasyona katılan Sözleşmeciler Devletler bakımından Sözleşme'nin tutarsız bir şekilde uygulanmasına yol açabileceği yönündeki Hükümet ve müdahil Hükümetler tarafından ileri sürülen endişeleri de dikkate almaktadır. Dünyanın herhangi bir yerinde meydana gelen bir ölüme ilişkin olarak ulusal düzeyde ceza soruşturması başlatılması herhangi bir ek gereklilik olmadan yargı yetkisi bağının kurulması için yeterli olsaydı, bu durum Sözleşme'nin uygulama kapsamının aşırı derecede genişlemesine yol açardı.

136. Ancak Mahkeme, *Güzelyurtlu ve Diğerleri* davasında, söz konusu davanın “özel nitelikleri” dikkate alındığında, yargı yetkisi bağının kurulduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, soyut olarak tanımlamadığı bu tür özel niteliklerin, bir Sözleşmeciler Devlet tarafından yargı yetkisi dışında meydana gelen bir ölüme ilişkin olarak başlatılan soruşturma veya yargılama olmasa dahi, 2. madde kapsamında getirilen usule ilişkin yükümlülüğü ortaya çıkaran bir yargı yetkisi bağı kurabileceğini değerlendirmiştir (aynı karar, § 190). Bu durum, aynı zamanda, Sözleşme'nin yasal alanı dışında gerçekleşen sınır ötesi durumlar bakımından (bk. *gerekli değişikliklerin yapılması koşuluyla, Markovic ve Diğerleri*, yukarıda anılan, §§ 54-55) ve silahlı bir çatışmanın aktif çarpışma döneminde meydana gelen olaylar bakımından da (*Georgia/Rusya (II)* [BD], no. 38263/08, §§ 329-332, 21 Ocak 2021) geçerlidir.

137. Mahkeme, somut davada, ilk olarak, söz konusu hava saldırısının, olası bir savaş suçu bakımından Alman silahlı kuvvetleri mensuplarının bireysel cezai sorumluluğuna ilişkin olması nedeniyle, Almanya'nın uluslararası insani teamül hukuku uyarınca belirtilen hava saldırısını soruşturma yükümlülüğü altında bulunduğunu değerlendirmektedir (bk., özellikle, Uluslararası KızılHaç Komitesi *Uluslararası İnsancıl Teamül Hukukunun* 158. maddesi ve uluslararası bir kurumun himayesi altında çok uluslu operasyonlara katılan Devletlerin, sahip oldukları

disiplin ve cezai yetkilerin kullanılması da dahil olmak üzere, kendi ulusal birlikleri tarafından, uluslararası insani teamül hukuku da dahil olmak üzere uluslararası insani hukukun tüm yapısına saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğü, yukarıda paragraf 83; ayrıca bk. BM Temel İlkeler ve Rehber Kurallar, yukarıda paragraf 86 ve uluslararası insan hakları organlarının diğer rehber kuralları, yukarıda paragraf 87-89). Davalı Hükümetin somut davada kabul ettiği uluslararası hukuk kapsamındaki soruşturma görevinin varlığı, iddia konusu suçun ağırlığını yansıtmaktadır (bk. ayrıca *Gürcistan/Rusya (II)*, yukarıda anılan, § 331).

138. İkinci olarak, Mahkeme, iddia edilen suçla ilgili olarak Albay K. ve Başçavuş W. hakkında Afgan makamlarca ceza soruşturması başlatılmasının yasal nedenlerle engellendiği kanısındadır. Birleşmiş Milletler tarafından yetkilendirilmiş askeri misyonlarda askeri birlik katkısında bulunan Devletler bakımından yaygın bir uygulama olarak, ISAF Kuvvetler Statüsü Anlaşmasının 1. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, askeri birlik katkısında bulunan Devletler, birliklerinin Afganistan topraklarında işleyebilecekleri cezai veya disiplin suçları açısından (bk. yukarıda 75. paragraf), ISAF'a katkı sağlayan birlikleri üzerinde münhasır yargı yetkisine sahiptirler. Davalı Hükümet ve müdahil Hükümetler, bu hükmün muafiyete ilişkin bir kural teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkemeye göre, söz konusu hüküm askeri birlik katkısında bulunan Devletlerin ISAF personelini Afgan makamlarca kovuşturmaya tabi tutulmaktan koruduğu ölçüde, bu argüman doğrudur. Ancak, söz konusu hüküm, aynı zamanda, başvuranın da belirttiği üzere, yargı yetkisini düzenleyen bir kuraldır: ilgili hüküm, cezai konularda ISAF personeli üzerinde kimin yargı yetkisi bulunduğunu netleştirmekte ve savaş suçları iddiaları söz konusu olduğunda dahi, sadece askeri birlik katkısında bulunan Devletlerin, ISAF'a gönderdikleri personel hakkında soruşturma veya yargılama başlatma hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Askeri birlik katkısında bulunan Devletlerin, ISAF'a (veya diğer çok uluslu askeri misyonlara) gönderdikleri personelin suç işledikleri iddialarına ilişkin soruşturma yürütme yargı yetkisini kullanmamaları halinde, bu durum, uluslararası hukuk uyarınca bireysel cezai sorumluluk gerektiren suçlar da dahil olmak üzere, cezasız kalma durumlarına yol açabilir.

139. Üçüncü olarak, Alman soruşturma makamları ayrıca, ulusal hukuk kapsamında, Hükümetin de teyit ettiği üzere, ceza soruşturması açmakla yükümlülerdir. Ceza soruşturması, iki Alman vatandaşı Albay K. ve Başçavuş W.nin, diğerlerine ilaveten, Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Hakkında Kanun'da düzenlenen savaş suçuna ilişkin olası sorumluluğuyla ilgili olduğundan, Federal Başsavcı tarafından yürütülmüştür. Federal Başsavcı, söz konusu kanun uyarınca (bk. yukarıda 101. paragraf), evrensel yargı yetkisi ilkesine (bk. yukarıda 95. paragraf) ve zorunlu yargı yetkisi ilkesine tabi suçlar hakkında kovuşturma yürütme konusunda münhasır yetkiye sahiptir. İç hukuk uyarınca, Alman makamları sadece, iddia konusu suçun uluslararası bir mahkeme önünde veya iddia konusu suçun topraklarında işlendiği veya vatandaşları mağdur olan yetkililer tarafından soruşturulmuş olması halinde böyle bir soruşturma yürütmemeye karar verebilirdi (bk. yukarıda 96. paragraf). Belirtilen iki durum, Almanya'nın, ISAF Kuvvetler Statüsü Anlaşması uyarınca, birliklerinin Afganistan topraklarında işleyebileceği herhangi bir suç nedeniyle birlikleri üzerinde münhasır yargı yetkisine sahip olması sebebiyle somut davada söz konusu değildir.

140. Mahkeme bu bağlamda, Almanya'da yürürlükte bulunan Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Hakkında Kanun kapsamında ceza öngörülen suçların ciddi nitelikte olduğunu gözlemlemektedir. İlgili Kanun ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan ilgili hükümler, Almanya'nın Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nü kabulü bağlamında, bu suçların ulusal düzeyde soruşturulmasını ve kovuşturulmasını sağlamak ve cezasız kalma durumunu engellemek amacıyla kabul edilmiştir (bk. yukarıda 94. paragraf).

141. Mahkeme ayrıca, elinde bulunan bilgilere göre, denizaşırı askeri konuşlanmalara katılan Sözleşmecî Devletlerin birçoğunda, yetkili ulusal makamların, iç hukuk uyarınca, kendi silahlı kuvvetleri mensuplarınca yurt dışında işlendiği iddia edilen savaş suçlarını veya haksız ölümleri soruşturmakla yükümlü olduklarını ve soruşturma görevinin esasen özerk olarak kabul edildiğini gözlemlemektedir (bk. yukarıda 90. paragraf).

142. Somut davada, Almanya'nın, uluslararası ve iç hukuk uyarınca araştırmakla yükümlü olduğu ciddi suçlar bakımından askerleri üzerinde münhasır yargı yetkisine sahip olması "özel nitelikler" teşkil etmekte ve bu nitelikler, bir

bütün olarak, 2. madde kapsamındaki soruşturmaya ilişkin usul yükümlülüğü açısından, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında yargı yetkisi bağının varlığına yol açmaktadır.

143. Mahkeme, başvuranın, soruşturma görevinin ortaya çıkmasına yol açan maddi eylem hakkında şikayette bulunmadığını kaydetmektedir. Mahkemenin bu nedenle, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında, 2. madde kapsamındaki esasa ilişkin yükümlülükle ilgili olarak herhangi bir yargı yetkisi bağı bulunup bulunmadığı konusunda bir inceleme yapmasına gerek yoktur. Ancak Mahkeme, 2. madde kapsamında usule ilişkin bir yükümlülük bağlamında salt yargı yetkisi bağı kurulmasından, maddi eylemin Sözleşmecî Devletin yargı yetkisine girdiği veya söz konusu eylemin ilgili Devlete atfedilebilir olduğu sonucunun çıkmadığını vurgulamaktadır.

144. Dolayısıyla, somut davanın kapsamı, Afganistan'daki Alman askeri personelinin, ISAF Kuvvetler Statüsü Anlaşması kapsamında Alman askerleri üzerinde, bu askerlerin Afganistan'da işleyebileceği herhangi bir cezai suç veya disiplin suçu bakımından münhasır yargı yetkisinin elinde bulundurulması doğrultusunda üstlenilen soruşturma işlemleri ve ihmalleriyle ve Almanya'daki kovuşturma ve adli makamların işlemleriyle ve ihmalleriyle sınırlıdır. Bu durumlar, Sözleşme kapsamında Almanya'nın sorumluluğunu doğurabilecek niteliktedir (karşılaştırınız *Jaloud*, yukarıda anılan, §§ 154-155).

145. Mahkeme ne Almanya'nın Afganistan'da soruşturma yürütmeye yönelik yasal yetkileri üzerindeki kısıtlamaları ne de soruşturulacak ölümlerin aktif çatışmalar bağlamında meydana geldiği hususunu göz ardı etmektedir. Ancak, bu tür koşullar, uluslararası adli yardım ve modern teknolojilerin kullanılması da dahil olmak üzere, Afganistan'da da, daha fazla soruşturma tedbirinin gerekli olabileceği tespitini tek başına saf dışı bırakamaz. Soruşturmaya yönelik özel zorluklar, Alman makamlarının 2. madde kapsamındaki usule ilişkin yükümlülüğünün kapsamı ve içeriğiyle ve dolayısıyla davanın esasıyla ilgilidir (bk. *Güzelyurtlu ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 197).

B. Hükümetin diğer itirazı*1. Tarafların beyanları*

146. Hükümet, başvuranın hem Afganistan’da (bk. aşağıda 158. paragraf) hem de Almanya’da (Federal Savunma Bakanlığı tarafından Dresden Cumhuriyet Başsavcısına uygulandığı iddia edilen baskı nedeniyle ve Federal Savunma Bakanlığının Federal Başsavcılığa bağlayıcı yönergeler çıkarma soyut olasılığı nedeniyle) bağımsızlık olmadığına ve soruşturmaların makul bir hızda yürütülmediğine yönelik itirazları bakımından tüm iç hukuk yollarını tüketmediğini belirtmiştir (bk. aşağıda paragraf 164-166). Başvuran, Federal Anayasa Mahkemesine yaptığı anayasal şikayetinde veya Düsseldorf Temyiz Mahkemesine yaptığı kamu davası açtırılması talebinde, bu şikayetleri esas itibariyle dahi ile sürmemiştir. Başvuranın 2. madde kapsamındaki etkin soruşturma yürütülmesine yönelik genel yükümlülüğe yaptığı belirsiz atıflar bu kapsamda yeterli değildir. Başvuran, bu spesifik şikayetler açısından ilgili kriterleri belirtmemiş ve herhangi bir argüman ileri sürmemiştir. Başvuran, beyanlarındaki soruşturmaya ilişkin olgusal anlatımlarında bu yönler hakkında ayrıntı vermemiştir.

147. Başvuran, Sözleşme’nin 35 § 1 maddesinin gerektirdiği üzere iç hukuk yollarını tükettiğini ileri sürmüştür. Başvuran, Mahkeme önünde ileri sürdüğü şikayetleri, en azından esas itibariyle, ulusal mahkemeler önünde ileri sürmüştür. Başvuran, hem kamu davası açtırılması talebinde hem de anayasal şikayetinde, soruşturmanın seyri ve süresi hakkında ayrıntılı açıklamada bulunmuş ve Sözleşme’nin 2. maddesi kapsamındaki etkin soruşturma yürütme yükümlülüğüne atıfta bulunarak, soruşturmada birtakım eksikliklerin olduğunu ileri sürmüştür. Federal Anayasa Mahkemesi, başvuran tarafından yapılan şikayetler hakkında karar verebilecek konumdadır. Durum *Hentschel and Stark/Almanya* (no. 47274/15, 9 Kasım 2017) kararına konu durumla benzer niteliktedir.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

148. Mahkeme, tüketme kuralının amacının, Sözleşmecî Devlete, aleyhine iddia edilen belirli bir Sözleşme ihlalini ele alma ve böylece önleme veya düzeltme fırsatı tanımak olduğunu yinelemektedir. Mahkeme içtihadına göre, şikayetin “en azından esas itibariyle” ileri sürülmesi koşuluyla, Sözleşme’nin ulusal yargılamalarda açıkça ileri sürülmesinin her zaman gerekli olmadığı doğrudur. Bu

durum, başvuranın, ulusal mahkemelere iddia konusu ihlali tazmin etme fırsatı vermesi için, iç hukuka dayalı olarak aynı veya benzer etkiye sahip yasal argümanlar ileri sürmesi gerektiği anlamına gelir. Ancak, Mahkeme içtihadının da ortaya koyduğu üzere, Sözleşmeciler bir Devlete ihlal iddiasını önleme veya tazmin etme fırsatını gerçekten sağlamak, sadece olayların değil, aynı zamanda Mahkemeye sunulan şikayetin, daha önce ulusal merciler nezdinde esas itibarıyla ileri sürülüp sürülmediğinin tespiti amacıyla başvuranın yasal argümanlarının da dikkate alınmasını gerektirmektedir. Nitekim, “Sözleşme kapsamındaki olası bir argümanı görmezden gelen bir başvuranın ihtilaf konusu bir tedbire itiraz etmek için ulusal makamlar önünde başka bir gerekçeye dayanması, ancak daha sonra Sözleşme kapsamındaki argümana dayanarak Mahkemeye başvuruda bulunması, Sözleşme mekanizmasının ikincil niteliğine aykırı olacaktır” (bk., diğer kararlar arasında, *Radomilja ve Diğerleri/Hırvatistan* [BD], no. 37685/10 ve 22768/12, § 117, AİHMR 2018 ve bu kararda yapılan diğer atıflar).

149. Başvuranın, Sözleşme’nin 2. veya 3. maddesinin usulü kapsamında etkili bir ceza soruşturması yürütülmediğinden şikayet etmesi halinde, ulusal düzeyde açıkça ileri sürülmeyen yasal argümanlar bakımından da dahil olmak üzere, Sözleşme’nin 35 § 1 maddesine uygunluk bakımından, başvuranın söz konusu soruşturmanın etkinliğine yetkili ulusal mahkemeler nezdinde itiraz etmesi ve soruşturmanın seyrini ve süresini ve daha sonra gerçekleşen mahkeme nezdindeki yargılamaları açıklayarak, olaylara ilişkin ilgili unsurlara atıfta bulunması ilgili mahkemenin soruşturmanın etkinliğini değerlendirmesi için yeterlidir (karşılaştırınız *Hentschel ve Stark*, yukarıda anılan, §§ 64 ve 66). Mahkeme bu bağlamda, 2. maddenin usule ilişkin koşuluna uygunluğun, birbiriyle ilişkili ve ayrı ayrı değil birlikte ele alındığında soruşturmanın etkinlik derecesinin değerlendirilmesini sağlayan birtakım temel parametrelere dayalı olarak değerlendirildiğini yinelemektedir (bk. *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç/Türkiye* [BD], no. 24014/05, § 225, 14 Nisan 2015).

150. Somut davada, başvuranın Federal Anayasa Mahkemesi nezdinde soruşturmanın etkinliğine itiraz ettiği ve Sözleşme’nin 2. maddesi kapsamındaki usul yükümlülüğüne atıfta bulunduğu konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. Buna karşın, başvuranın, Federal Anayasa Mahkemesi nezdindeki beyanlarında,

soruşturmaya ve mahkeme önündeki yargılamalara ilişkin olgusal açıklamalarında, Mahkemeye yaptığı başvurusunda soruşturmanın kusurları olarak ileri sürdüğü belirli durumlar hakkında yeterli açıklamayı yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmaktadır.

151. Mahkeme, başvuranın anayasal şikayetinde, hava saldırısı sonrasında PRT Kunduz ekibi tarafından gerçekleştirilen yerinde inceleme, Alman askeri polisinin raporu ve Alman savcılık makamları tarafından yürütülen soruşturmaların seyri hakkında açıklamalarda bulunduğunu gözlemlemektedir. Başvuran, bu kapsamda, hava saldırısı sonrasında Alman askeri birliğinin yerinde incelemesinde yaşanan gecikmeler, bu incelemeye katılan kişilerin bağımsız olmaması, resmi ceza soruşturması açılmasında yaşanan gecikmeler ve öncesindeki hazırlık soruşturmalarının etkisizliği hakkındaki iddialarıyla ilgili olarak, olaylara ilişkin ilgili unsurlara Federal Anayasa Mahkemesi nezdinde atıfta bulunmuştur. Mahkeme, başvuranın bu nedenle Federal Anayasa Mahkemesi nezdinde, söz konusu mahkemenin soruşturmanın etkinliğini değerlendirmesini sağlayacak şekilde, yukarıdaki hususlara ilişkin ilgili olgusal unsurlara atıfta bulunduğunu tespit etmektedir. Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediğine yönelik itirazı bu nedenle bu hususlar yönünden reddedilmelidir.

152. Buna karşın, başvuranın anayasal şikayetinde, Almanya’da yürütülen soruşturmanın bağımsız olmadığı iddiasına herhangi bir atıf söz konusu değildir. Mahkeme, başvuranın bu argüman yönünden iç hukuk yollarını tüketip tüketmediği hususunun cevapsız bırakılabileceğini, zira her halükarda açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğunu değerlendirmektedir. Mahkeme, 8 Eylül 2009 tarihinde hazırlık soruşturması başlatan (bk. yukarıda 30. paragraf) Federal Başsavcının Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Hakkında Kanun kapsamındaki suçların soruşturulması ve kovuşturulması için münhasır yetkiye sahip olduğu ve Dresden Cumhuriyet Başsavcısının, Albay K.nin belirtilen kanun kapsamındaki suçlara ilişkin sorumluluğuyla ilgili soruşturmayı, gecikmeksizin Federal başsavcıya devretmekle kanunen yükümlü olduğu (bk. yukarıda 101. paragraf) dikkate alındığında; Federal Savunma Bakanlığı ile Dresden Cumhuriyet Başsavcısı arasında belirtilen Başsavcı tarafından yürütülen hazırlık soruşturması (bk. yukarıda 30. paragraf) bağlamındaki etkileşimin, en başından beri

soruşturmanın bağımsızlığını etkileyebilecek nitelikte olmadığını değerlendirmektedir. Federal Savunma Bakanlığının Federal Başsavcının soruşturmasını etkilemeye veya bu soruşturmaya müdahale etmeye çalıştığına dair herhangi bir belirti söz konusu değildir. Ayrıca, Federal Adalet Bakanlığı tarafından Federal Başsavcıya yönelik bağlayıcı yönergeler çıkarılması yönündeki soyut olasılıktan, bağımsızlığın olmadığı çıkarımı yapılamaz. Ayrıca somut davada, bu tür bir yönerge çıkarılmadığı hususunda ihtilaf söz konusu değildir (bk. *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç*, yukarıda anılan, § 222).

C. Sonuç

153. Almanya’da yürütülen soruşturmanın bağımsız olmadığı iddiasına ilişkin beyanlar dışında, başvuru Sözleşme’nin 35 § 3 (a) maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun değildir. Başvurunun kabul edilemez olduğuna ilişkin başka bir gerekçe de bulunmamaktadır. Mahkeme bu nedenle somut başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

II. DAVANIN ESASI

154. Başvuran, Sözleşme’nin 2. maddesinin usul boyutu kapsamında, diğer kişilerin yanında, iki oğlunun ölümüne yol açan hava saldırısına ilişkin soruşturmanın etkin olmadığı konusunda şikayette bulunmuştur. Başvuran, soruşturmada kusurlar bulunduğu yönündeki iddiasına ek olarak, Sözleşme’nin 2. maddesiyle birlikte ele alındığında Sözleşme’nin 13. maddesine dayanarak, Alman Federal Başsavcısının soruşturmanın sonlandırılmasına ilişkin kararına karşı itirazda bulunabileceği etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığı konusunda şikayette bulunmuştur.

155. Başvuranın şikayeti esasen oğullarının ölümü nedeniyle hiç kimse hakkında kovuşturma yürütülmediği olduğundan, Mahkeme, şikayetlerin yalnızca Sözleşme’nin 2. maddesinin usulü yönünden incelenmesinin uygun olduğu kanısındadır (bk. *Armani Da Silva/Birleşik Krallık* [BD], no. 5878/08, §§ 291-292, 30 Mart 2016, *Hentschel ve Stark*, yukarıda anılan, § 45). İlgili hüküm şu şekildedir:

“1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

- (a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;
- (b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;
- (c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması.”

A. Tarafların beyanları

1. Başvuran

156. Kişinin yaşamından keyfi bir şekilde mahrum bırakılmaması hakkı, Sözleşme’nin 2. maddesinin usulü kapsamındaki etkin bir soruşturma yürütme yükümlülüğünde olduğu gibi, silahlı çatışmaların yaşandığı dönemlerde de uygulanmaktadır. Uluslararası insani hukuk zaten Sözleşme’nin 15 § 2 maddesinde dikkate alınmış olup, burada uygulanmamaktadır. Ancak, uluslararası insani hukuk somut davaya uygulanmış olsaydı bile, soruşturmanın yine de bağımsızlık, tarafsızlık, bütünlük, etkinlik, çabukluk ve şeffaflık açısından uluslararası insani hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku standartlarına uygun olarak yürütülmesi gerekirdi. Sözleşme, uluslararası insani hukuk ışığında yorumlansa bile, normal Sözleşme standartları ortadan kalkmamaktadır.

157. Somut davaya konu soruşturma şu gerekçelerle etkili değildir: (i) yeterince bağımsız kişilerce yürütülmemiştir; (ii) toplanan deliller tek taraflıydı ve olayların tespit edilmesi için yeterli soruşturma tedbirleri alınmamıştır ve olayı çevreleyen koşullar hiç bir şekilde soruşturmaya konu edilmemiştir; (iii) soruşturma derhal başlatılmamış ve makul bir hızda yürütülmemiştir; (iv) yakın akraba olarak başvuran soruşturmaya yeterince dahil edilmemiştir.

(a) Soruşturmanın etkinliği

(i) Bağımsızlık

158. Afganistan’daki soruşturma işlemlerinden sorumlu olan ve bu işlemleri yürüten kişiler, 4 Eylül 2009 tarihli hava saldırısına karışan kişilerden bağımsız değillerdir. İlk olay yeri keşfi, hava saldırısından on bir saat sonra, şüphelilerin doğrudan meslektaşları olan ekip üyeleri tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu kişiler Albay K.nin komutası altında hizmet etmişlerdir ve hatta söz konusu kişiyle hiyerarşik bir ilişki içerisindeydiler. Soruşturma sürecine dahil olan bütün soruşturmacılar Afganistan’daki Alman askeri birliğin bir parçasıydı ve hiçbir ekip delilleri muhafaza etmeye veya sorumluları tespit etmeye odaklanmamıştır. Hava

saldırısına dahil olan askerler birbirinden uzaklaştırılmamıştır ve bu durum gizli anlaşma (*muvaaza*) riskine yol açmıştır.

(ii) *Alınan ifadeler yetersizdir*

159. Alman savcılar Afganistan’da herhangi bir soruşturma işlemi gerçekleştirmemiştir. Hava saldırısının yapıldığı yerin teftiş edilmemesi 2. maddenin ihlal edildiğine işarettir. Federal Başsavcı, kararını, neredeyse sadece, cezai sorumluluğun tespiti amacıyla derlenmemiş olan ve ceza muhakemesi kanunu kapsamında yürütülmemiş olan, dış kaynaklardan edinilen araştırmalara dayandırmıştır. Federal Başsavcı, UNAMA tarafından verilen olası sivil maktullerin listesini kullanmamış ve başvuran da dahil olmak üzere, Afganistan’da etkilenen kişilerin yakınlarıyla iletişime geçmemiştir.

160. Soruşturmanın seyri, sonucun önceden belirlenmiş olduğuna işaret etmektedir. Federal Başsavcının soruşturması, beş ila altı haftalık sabit bir programla başlamış ve bu durum ek soruşturmalara yer bırakmamıştır. Bu programa göre, yalnızca, her ikisi de Albay K.nin astları olan ve hava saldırısı sırasında komuta üssünde bulunan iki şüpheli ve iki tanığın sorgulanması olmak üzere, tek bir soruşturma işleminin daha gerçekleştirilmesi planlanmıştır. Bu sorgulamaların tamamen formalite olduğu görülmektedir. Net bir sonuca sahip kapsamlı bir soruşturma, daha ileri soruşturma işlemlerinin gerçekleştirilmesine izin verebilirdi.

161. Soruşturma, olayları çevreleyen koşulları tespit etme ve kullanılan gücün hukuka uygun olup olmadığını belirleme amacını yerine getirmemiştir. Hava saldırısının uluslararası insani hukuka uygunluğu konusundaki önemli belirsizlik devam etmiştir. Maktullerin sayısı ve sivil veya savaşçı statüleri hiçbir zaman tespit edilmemiş ve -geniş kapsamlı olan ve meşru askeri hedefleri tanımlamayan” “isyancı” veya “Taliban” terimlerinin anlamları netleştirilmemiştir. Sonuç olarak, beklenen sivil yaşam kaybıyla ilgili beklenen askeri avantajın ve dolayısıyla güç kullanımının aşırı olup olmadığının değerlendirilmesi imkansızdır. Gerçek koşullar, görgü tanıklarının sorgulanmasıyla soruşturulmalıydı. Hayatta kalan tanker sürücüsünün, tercümanın ve pilotların meclis inceleme komisyonu tarafından sorgulanmış olması, Federal Başsavcının da bunu yapmasının makul ve mümkün olduğunu göstermektedir. Uçağın gözlem fotoğraflarının bağımsız askeri uzmanlara inceletilmesiyle ve başvuran da dahil olmak üzere, hava saldırısının

yapıldığı alanı çevreleyen köylerdeki kişilerin sorgulanmasıyla daha fazla netlik sağlanabilirdi. Bu tanıkların beyanları modern teknoloji kullanılarak alınabilirdi.

162. Ayrıca, Federal Başsavcı, Sözleşme'nin 2 § 2 maddesi anlamında, hava saldırısını ve dolayısıyla başvuranın oğullarına karşı kullanılan gücü “mutlak zorunlu” kılan yakın bir tehdidin bulunup bulunmadığını yeterince incelememiştir. Ne sivil kayıpları önlemek için yeterli ihtiyati tedbirlerin alınıp alınmadığı ne de sivillerin bulunmadığı varsayımının gerçekten makul olup olmadığı araştırılmıştır. Saldırıya uğrayan kişilerce taşındığı belirtilen silahların kalıntıları gibi, Afgan güvenlik güçleri tarafından ele geçirilen nesnelerin temin edilmesi gerekirdi.

163. Federal Başsavcının soruşturmayı sonlandırma kararında dayandığı gerekçe, soruşturmadaki boşlukları haklı çıkaramaz. Şüphelilerin hukuka uygun hareket ettikleri yönünde samimi bir inanışa sahip oldukları iddiası, sadece 2. maddenin esas yönünden ihlal edildiği suçlamasından kaçınmaya yönelik bir savunmadır, ancak hava saldırısının, objektif olarak, uluslararası insani hukuka uygun olup olmadığı tespit edilmeliydi. Bomba atılan alanda hiçbir sivilin bulunmadığı varsayımına ulaşılmasında söz konusu olan ihmale dayalı olarak, taksirle öldürme fiiline ilişkin cezai sorumluluk mümkün olabilirdi ve bu durum daha fazla soruşturma yapılmasını gerektirirdi.

(iii) *Soruşturma makul bir hızda yürütülmemiştir*

164. Soruşturma gerekli ve makul bir hızda yürütülmemiştir. Zorunlu muharebe hasar değerlendirmesi, ISAF Angajman Kurallarına aykırı olarak, hava saldırısından on bir saat sonra gerçekleştirilmiştir. Bu durum, hava saldırısından kaynaklanan hasarın kesin koşullarının ve derecesinin tespit edilmesini imkansız hale getirmiştir, zira bu süreçte ilgili bölge önemli ölçüde değiştirilmiştir. Almanya, ilgili yeri belgelemek üzere görüntü almak amacıyla drone gönderebilirdi. Afganistan'da gerçekleştirilen hava saldırısına katılan askerlerin sorgulanmasında da gecikmeler yaşanmıştır.

165. Resmi ceza soruşturması, 12 Mart 2010 tarihinde, yani söz konusu hava saldırısının üzerinden altı aydan daha fazla süre geçtikten sonra ancak başlatılmıştır. Bu gecikme, alınan ifadelerin ispat değerine önemli ölçüde zarar vermiş ve gizli anlaşmaya (muvazaa) izin vermiştir. Belirleyici olan, yetkililer tarafından kurallara aykırı bir eylemde bulunulup bulunulmadığı değil, gizli bir anlaşmayı (muvazaa) önlemeye yönelik etkili önlemlerin alınıp alınmadığıdır. Olayın ardından Albay K.

ve olaya karışan diğer askerlerin derhal sorgulanmak üzere Almanya'ya dönmelerinin talep edilmemesi, büyük çaplı ve haksız gecikmelere neden olmuştur. Şüphelilerin ifadelerinin alınması da dahil olmak üzere birçok soruşturma önlemi, modern teknoloji de kullanılarak hava saldırısından hemen sonra alınabilirdi.

166. Hava saldırısının hemen ardından başlatılan hazırlık soruşturması, uygun bir ceza soruşturması olarak değerlendirilemez. İlgili hazırlık soruşturmasının tek amacı, resmi bir ceza soruşturmasının başlatılması için gerekli olan “şüpheye ilişkin ön gerekçelerin” varlığını tespit etmektir ve bu soruşturma tanıkların sorgulanması gibi soruşturma işlemlerine izin vermemektedir. Hazırlık soruşturmasının uzunluğu, resmi ceza soruşturmasının kısa süresini haklı çıkaramaz.

(iv) *Başvuranın yeterince dahil olmaması*

167. Başvuran, iki maktulün yakın akrabası olarak, meşru menfaatlerini korumak için gerekli olduğu ölçüde soruşturmalara dahil olmamıştır. 12 Nisan 2010 tarihinde ve dolayısıyla resmi soruşturmanın henüz açık olduğu bir dönemde, başvuran hava saldırısına ilişkin suç duyurusunda bulunmuş ve soruşturma dosyasına erişim talebinde bulunmuştur. Federal Başsavcı, başvurayı dinlemeden veya avukatının dosyaya erişimine izin vermeden, 16 Nisan 2010 tarihinde soruşturmayı kapatmıştır. Dosyaya erişim ancak 3 Eylül 2010 tarihinde verilmiş ve Federal Başsavcının soruşturmanın sonlandırılması kararı başvurana 13 Ekim 2010 tarihinde sağlanmıştır. Başvuranın, özellikle bombalanan alanda bulunanların kimliği olmak üzere, ilgili bilgilere sahip olduğu hususu göz ardı edilemeyeceğinden, başvuranın dinlenmesi gerekirdi.

(b) **Sonlandırma kararının incelenmesi ve bu karara karşı hukuk yolları**

168. Başvuran, 2. maddenin gerekliliklerine aykırı olarak, Federal Başsavcının soruşturmanın sonlandırılması kararına karşı inceleme talebinde bulunma imkanına sahip olmadığını ileri sürmüştür.

169. Kamu davası açtırılması talebinin kapsamı ve niteliği ile yüksek kabul edilebilirlik eşiği, silahlı kuvvetlerin yurt dışında yol açtığı yaşam hakkı ihlallerine ilişkin somut davada bu talebi hukuk yolu olarak etkisiz kılmıştır. Mekanizma, askeri karar alma gibi, erişilemeyen veya gizli bilgileri içeren davalarda, mağdurların ve yakınlarının soruşturmanın sonlandırılması kararına etkili bir şekilde itiraz etmelerine olanak sağlamamaktadır. Alman soruşturma makamlarının

konu hakkında kapsamlı bir soruşturma yürütmemiş olması ve başvuranın tüm eksiklikleri giderememesi sebebiyle, başvuranın, şüphelilerin cezai sorumluluğu bulunduğu dair yeterli şüphenin söz konusu olduğunu kanıtlaması mümkün olmamıştır. Başvuranın, dava dilekçesinde, her bir delili ayrıntılı olarak ele alması imkansızdır.

170. Ayrıca, Federal Anayasa Mahkemesine yapılan anayasal şikayet de sonlandırma kararının incelenmesi bakımından etkili bir hukuk yolu teşkil etmemiştir. Federal Anayasa Mahkemesi, sadece anayasa hukukunun belirli ihlallerini incelemiş ve öncelikle soruşturmanın sonlandırılması kararının keyfi olup olmadığı hususuyla ilgilenmiştir. *Hentschel ve Stark* (yukarıda anılan) kararındaki durumun aksine, Federal Anayasa Mahkemesi soruşturmayı detaylı bir şekilde değerlendirmemiş ve başvuranın Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki talebinin esasını incelememiştir.

171. Soruşturmadaki eksiklikler, başvuranın tazminat talebi de dahil olmak üzere diğer olası hukuk yolları üzerinde olumsuz bir etki yaratmıştır. Meclis inceleme komisyonu etkili hukuk yolu koşullarını karşılamamıştır. Söz konusu komisyonun, hava saldırısının koşullarını ve hukuka uygunluğunu tam olarak açıklığa kavuşturmayan bulguları bağlayıcı olmayıp, başvuranın 2. maddesi kapsamındaki usule ilişkin haklarını ele almamıştır.

2. Hükümet

172. Hükümet, ilk olarak, Alman hukuk sisteminin, başvuranın oğullarının ölümüne yol açan hava saldırısına kapsamlı bir şekilde karşılık verdiğini vurgulamıştır. Federal Başsavcı, olayda yer alan askeri personelin cezai anlamda sorumlu olup olmadıklarını tespit etmek amacıyla derinlemesine soruşturma yürütmüştür. Meclis inceleme komisyonu, bir buçuk yılı aşkın bir süre boyunca, olayların siyasi ve olgusal boyutlarına ilişkin inceleme yürütmüştür. Tazminat davası halen derdestir.

173. Alman Hükümeti, hava saldırısında yer alan askeri personel hakkındaki ceza soruşturmasıyla ilgili olarak, Almanya'nın soruşturma görevini yerine getirdiğini ileri sürmüştür. Hava saldırısının yaşandığı dönemde, Kunduz bölgesindeki durum, Cenevre Sözleşmeleri ortak 3. maddesinin ve uluslararası insani teamül hukuk kurallarının uygulandığı uluslararası insani hukuk

kapsamında, uluslararası olmayan silahlı çatışma teşkil etmektedir. *Hassan (yukarıda anılan)* kararında Sözleşme'nin uluslararası insani hukuk ışığında yorumlanması yönünde tesis edilen genel ilke, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da eşit derecede uygulanmaktadır. Sonuç olarak, uluslararası insani hukuk, Devletten ne istendiğini belirlemek için uygun ölçütü sağlamıştır. Somut davadaki durum *Jaloud* (yukarıda anılan) davasındaki durumdan farklıdır, zira ilgili davaya konu olay çatışmaların yürütüldüğü sırada meydana gelmiştir. Soruşturmanın etkinliğinin asgari eşiğini karşılamak için gerekli incelemenin niteliği ve derecesi, durumun özelliklerini ve çatışmaların yürütülmesine ilişkin yasal çerçeveyi dikkate alacak şekilde yorumlanmalıdır. Hükümet, uluslararası insani hukuk kapsamında soruşturmaların yürütülmesinde komutanlara verilen özel rolü vurgulamıştır.

(a) Soruşturmanın etkinliği

174. Başvuranın iddia ettiği soruşturmadaki kusurların hiçbirisi mevcut değildir. Bu kusurların söz konusu olduğu varsayılsa dahi, soruşturma olayla ilgili tüm hususları aydınlatma konusunda başarılı olmuş ve sorumluların tespit edilmesine imkan tanımıştır. Somut davanın özü, soruşturmanın etkinliğiyle ilgili değildir ve ilgili olayların daha detaylı bir şekilde netleştirilmesini amaçlamamıştır. Daha ziyade, Federal Başsavcı tarafından gerçekleştirilen hukuki değerlendirmeye yöneliktir. Ancak, Sözleşme'nin 2. maddesi, bireysel savcılık kararlarının hukuki açıdan doğruluklarıyla ilgili olarak incelenmesini kapsamamaktadır (*Armani da Silva*, yukarıda anılan, § 259).

(i) *Soruşturmanın makullüğü*

175. Soruşturma makul bir şekilde yürütülmüştür. Afganistan’da alınan tedbirlere ilişkin olarak, hava saldırısı sonrası bombanın bırakıldığı alanının alçak uçuş yaparak saldırı sonrası ön keşiflerini gerçekleştirmek yeterliydi. Sivil kayıpların olabileceği ortaya çıkar çıkmaz, ISAF aynı gün Kunduz’a yollanan bir soruşturma ekibi kurmuştur. Bu soruşturma ekibi bombanın bırakıldığı yerde keşif yapmış ve Albay K. ile birlikte Alman askerlerini sorguya çekmiştir. ISAF soruşturma ekibinin raporu, 26 Ekim 2009 tarihinde kapsamlı bir rapor sunan Karma Araştırma Kurulunun atanmasına sebep olmuştur. Ayrıca hava saldırısının gerçekleştiği gün, Alman askeri polisinden bir soruşturma ekibi Kunduz’a konuşlandırılmış ve bir rapor düzenlemiştir. Söz konusu raporda saldırısı sonrası keşfe ilişkin önerilen tedbirler daha sonra ISAF ve Afgan yetkilileri tarafından uygulanmıştır. Ek olarak, hava saldırısının gerçekleştiği gün Alman askeri birliklerinin ilgili organları potansiyel olarak resmi disiplin soruşturmaları açmak amacıyla araştırmalara başlamıştır.

176. Alman kolluk kuvvetleri hava saldırısına ilişkin olarak olayın gerçekleştiği aynı günde bilgilendirilmiş ve derhal harekete geçmiştir. Resmi bir ceza soruşturması açma kararında gecikme olmamış veya önceki hazırlık soruşturmalarında etkisiz bir şekilde hazırlanmamıştır. Başvuranın beyanlarının aksine, savcılık makamları, iç hukuk uyarınca, ilgili hazırlık soruşturmalarında tanıkları sorgulama ve hukuki inceleme yetkisine sahiptir.

177. Soruşturmalardan sorumlu kişiler, gizli anlaşma riskini azaltmak için uygun adımları atmıştır. Alman ve ISAF yetkilileri Albay K.yi ve olaya karışan diğer askerleri 4 Eylül 2009 tarihinde ve daha sonra birkaç kez daha sorgulamışlardır. Savcılık makamlarına, tüm önemli tanıkların sorgulanmasına (bu kişilerin sorgulanması ulusal ve uluslararası organlar tarafından (ISAF gibi) üstlenilmiştir) ilişkin belgelere olaydan kısa bir süre sonra erişim izni verilmiştir. Amerikan F-15 uçağı ile yapılan telsiz görüşmelerinin ses kayıtları veya kızılotesi kameralarından alınan termal görüntüler gibi tüm önemli deliller, hemen ele geçirilmiştir. Şüphelilerin ifadelerinin alındığı sırada yapılan kayıtlar Federal Başsavcının erişimine açıktı ve ayrıca bu şüphelilerin ifadeleri bizzat Federal Başsavcı tarafından alınmıştır.

178. Hava saldırısına ilişkin olay örgüsü, soruşturmaların hemen başında belirlenmiştir. Herhangi bir gizli anlaşma ile örtbas edilebilecek hiçbir şey yoktu. Albay K.nin veya olaydan potansiyel olarak sorumlu olan diğer subayların sorgulanmaları için Almanya'ya dönmesini emretmek, aslında soruşturmayı zedeleyebilirdi. Şüphelilerin ve tanıkların etkili bir şekilde ifadelerinin alınması için askeri durum ve sahadaki koşullar hakkında yüksek düzeyde uzmanlık bilgisi gerektiriyordu. ISAF soruşturma ekibi bu uzmanlık bilgisine sahipti.

(ii) *Bağımsızlık*

179. Soruşturmayı yürütmekten sorumlu kişiler, hava saldırısında yer alanlardan yeterince bağımsızdı. Öncelikle, Alman askerleri tarafından işlenmesi muhtemel cezai suçların soruşturulması sorumluluğunun, olası suçların Almanya içinde veya sınır dışında işlenip işlenmediğine bakılmaksızın, her durumda ve münhasıran mülki kolluk kuvvetleri ve sivil ceza hukuku mahkemelerine ait olduğu belirtilmelidir. Tarihsel nedenlerden dolayı Almanya, 1949'dan sonra ayrı bir askeri adalet sistemini yeniden getirmekten kasten kaçınmıştır. Mülki kolluk kuvvetleri ve mahkemelerin sorumluluğu, yargılamanın bağımsızlığını garanti altına almaya hizmet eden bir unsurdur.

180. Federal Başsavcı değerlendirmesinde, diğerlerinin yanı sıra, ISAF, Afgan sivil hükümeti, ICRC ve UNAMA tarafından yürütülen bağımsız soruşturmalara dayanmıştır. Sözleşme'nin 2. maddesi, kolluk kuvvetlerinin tüm delilleri toplamasını ve gerekli tüm tespitleri kendi başlarına yapmalarını şart koymamıştır. Soruşturma görevi, bir olaya ilişkin meclis ve uluslararası soruşturma sonuçlarının savcılık makamlarına sunularak yerine getirilebilir ve ceza soruşturması bu soruşturmaların sonuçlarına dayandırılabilir (bk. atıfta bulunulan *Giuliani ve Gaggio/İtalya* [BD], no. 23458/02, §§ 309-310, AİHM 2011 (alıntılar); *Tagayeva ve Diğerleri/Rusya*, no. 26562/07 ve diğer 6 başvuru, §§ 628-631, 13 Nisan 2017; *Mustafić-Mujić ve Diğerleri/Hollanda* (k.k.), no. 49037/15, §§ 102-106, 30 Ağustos 2016). Bu, özellikle, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi yetkilerinin delegasyonu kapsamında Afganistan'a yapılan askeri konuşlandırmanın çok düzeyli yapısı göz önünde bulundurulduğunda uygun bir yaklaşımdı; bu durum, asker desteğinde bulunan Devletlerin mülki kolluk makamlarının Afgan topraklarında (uluslararası hukuki yardım dışında) kendi cezai

soruşturmalarını yürütmeleri için yasal yetkiler içermiyordu ve ayrıca yüksek düzeyde bir kamu denetimi sağlanmasına hizmet ediyordu.

181. Alman askeri polisi, Federal Başsavcı adına hareket etmemiş ve olgusal tespitleri diğer bağımsız kaynaklar arasında yalnızca bir kaynak olarak hizmet etmiştir. Askeri polis Alman ISAF örgütünün Komutanına bağlıydı ve nihai raporunu bu komutana sunmuştur. ISAF örgütünün Komutanı Kunduz'daki PRT Komutanından hiyerarşik ve işlevsel olarak bağımsızdı. Askeri polisin bağımsız olmadığı varsayılsa bile, bu durum soruşturmaları kendi başına etkisiz kıldığı olarak değerlendirilemez. Alman askeri polisin raporu, Federal Başsavcının dayandığı birçok kaynaktan sadece biriydi. Bu polislerin soruşturma yetkilerinin sınırlı olduğu göz önüne alındığında, sahip oldukları önem oldukça küçüktür. Ek olarak, Almanya'nın Afganistan'da soruşturma yürütmeye ilişkin yetkileri üzerindeki yasal kısıtlamalar göz önüne alındığında, askeri polis tarafından yürütülen soruşturmalara uygulanabilir hiçbir alternatif bulunmamaktadır. Bunun yanında ilgili zamandaki güvenlik durumu, mülki savcılarının veya polis memurlarının olay yerine bağımsız soruşturmalar yürütmek üzere gönderilmesine olanak vermemekteydi. Silahlı çatışmalarda meydana geldiği iddia edilen hukuka aykırı cinayetlere ilişkin soruşturmaların her zaman mülki makamlar tarafından yürütülmesini şart koşturmak gerçekçi olmaz ve potansiyel olarak ters etki yaratır.

(iii) *Delillerin yeterliliği*

182. Federal Başsavcının tespitine temel teşkil eden soruşturma ekipleri tarafından alınan tedbirler, silahlı çatışmanın doruk noktasında cezai soruşturmaların nasıl yürütüleceğine ilişkin olarak *UIH ihlallerinin soruşturulmasına ilişkin 2019 Kılavuz İlkelerinde* açıklanan çizgide yürütülmüştür.

183. Mağdurların tam sayısını belirlemek için ilave soruşturma yapılması yönünde bir gereklilik bulunmamaktadır. Federal Başsavcı, diğer soruşturmalar için hazırlanan tüm raporları dikkate almış ve delilleri değerlendirdikten sonra bu hususta kapsamlı tespitlerde bulunmuştur. Federal Başsavcı, şüphelilerin cezai sorumluluğunu değerlendirmek amacıyla, olaydan sonra tespit edilen hasarın, saldırganın saldırıdan önce sivil kayıpların meydana gelme olasılığını öngörüp öngöremediğinin bir göstergesi olabileceği gerçeğini yeterince dikkate almıştır. Federal Başsavcının hava saldırısının gerçekleştiği sırada orada bulunan kişi

sayısının bu grubun Taliban isyancıları olduğuna dair şüphe uyandırmadığı yönündeki tespiti, kurbanların sayısının daha fazla araştırılmasıyla sorgulanamazdı.

184. Federal Başsavcının, tüm “makul ve uygulanabilir tedbirlerin” alınıp alınmadığını belirlemek için askeri uzmanlara danışma gerekliliği bulunmamaktadır. Bu, uluslararası insani hukuk standartlarının uygulanmasıyla ilgili bir sorundu ve Federal Başsavcı değerlendirmesini, farklı ülkelerden askeri uzmanlardan oluşan ISAF soruşturma ekibi tarafından hazırlanan rapora dayandırabilirdi. Federal Başsavcı Albay K.nin elinde daha fazla uygulanabilir keşif ve ihtiyati tedbirlerin bulunmadığını haklı olarak tespit etmiştir. Muhbirin bölgede bulunan kişileri “isyancılar” olarak tanımladığı kendisine yedi ayrı olayda teyit edilmişti ve ABD F-15 uçağının kızılötesi kameraları tarafından sağlanan ve yakıt tankerlerinin yanındaki kişilerin bir ısı kaynağının noktaları olarak görüldüğü görüntüler, muhbirin ifadeleriyle tutarlıydı. Komuta merkezinde durumun simülasyonunun yapılması veya söz konusu zamanda şüphelilerle herhangi bir teması olmayan başka tanıkların sorgulanmasına gerek duyulmamıştır zira bu durumda şüphelileri suçlayabilecek herhangi bir bilgi elde edilemeyecektir.

185. Başvuranın uluslararası insani hukukun yanlış uygulandığına ilişkin itirazı, iç hukukun uygulanması ve yorumlanmasının yanı sıra mevcut delillerin değerlendirilmesi sorunuyla ilgilidir ve Mahkeme - görevinin ikincil niteliği nedeniyle - yalnızca keyfilik veya başka bir muhip sebep olması durumunda itiraz edebilir. Somut davada böyle bir sebep tespit edilememiştir. Federal Başsavcı, hava saldırısı emrinin yasallığının “makul bir komutan” standardına göre değerlendirilmesi gerektiği varsayımı üzerinden değerlendirmesini gerçekleştirmiştir. Bu değerlendirme hava saldırısının sonradan anlaşılan etkilerine değil, kararın verildiği anda ortaya çıkan muhtemel sonuçlara dayanmaktaydı. Bu hukuki görüş, uluslararası kamu hukukunun yerleşik doktrinleriyle uyumluydu.

186. Genel olarak, silahlı çatışmalarda uluslararası insani hukuka uygun askeri eylemlerin, katılan askerler açısından cezai sorumluluk doğurmadığı ve uluslararası insani hukuka uygunluğun, genel ceza hukuku kapsamındaki suçlar da dâhil olmak üzere, daha ziyade suçsuzluğu kanıtlayan bir savunma teşkil ettiği kabul edilmiştir. Uluslararası insani hukukun ilgili hükümlerinin, silahlı çatışma durumunda Sözleşme’nin 2 § 2 maddesinin amaçları doğrultusunda neyin

“kesinlikle gerekli” olduğunu belirlediği yorumu, Mahkemenin (yukarıda anılan) *Hassan* davasındaki yaklaşımıyla uyumludur. Son olarak Federal Başsavcı, Angajman Kurallarının olası herhangi bir ihlalinin cezai sorumluluğunun belirlenmesi açısından neden ilgisiz olduğuna dair kapsamlı bir gerekçe sunmuştur. Resmi disiplin soruşturması açılıp açılmayacağını belirlemek için yapılan hazırlık soruşturmasında, Albay K.nin disipliner bir açıdan bile suçlanamayacağı sonucuna varılmıştır.

(iv) *Başvuranın dâhil olması*

187. Başvuran, meşru menfaatlerini korumak için gerekli olduğu ölçüde soruşturmaya dâhil olmuştur. Koşulların güvenilir bir şekilde soruşturulmasını sağlamak için başvuranın tanık olarak dinlenmesine gerek duyulmamıştır. Başvuranın iki oğuluda hava saldırısında ölmüş oldukları tespit edilmiştir. Diğerlerinin arasında, olay yerinde bulunup bulunmadığına ilişkin ifadeleri belirsizliğini koruyan başvuran, şüphelilerin sığılıkta sivillerin varlığını ve dolayısıyla cezai sorumluluklarını olacağını bilmelerinin gerekip gerekmediğinin belirlenmesiyle ilgili hiçbir bilgiye sahip değildi.

188. Başvurana soruşturmada ifade vermesi için yeterli fırsat verilmiştir. Savcılık makamlarının kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararları kesin hüküm anlamında nihai karar olmayıp daha sonra yeniden kovuşturma açılabilir. Başvuran, Federal Başsavcının düşme kararıyla soruşturmayı etkileme fırsatından mahrum bırakılmamıştır. Federal Başsavcı, başvuranın delillerini ve yazılı beyanlarını incelemiştir. Yazılı beyanları dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir.

189. Başvuranın zarar gören taraf olarak tanınmasında ve soruşturma dosyasına erişmesine izin verilmesinde aşırı gecikme olmamıştır. Başvuranın 12 Nisan 2010 tarihli talebinin ardından Federal Başsavcı, şüphelilere ifade verme fırsatı vermekle yükümlü olmuştur. Başvuranın yasal temsilcisi tarafından yapılan talep, etkilenmiş olduğunu iddia eden çok sayıda kişi adına yapıldığından, bu kişilerin durumlarının doğrulanması için belirli bir süre gerekmiştir. Başvuranın 7 Temmuz 2010 tarihli yazısına cevaben, Federal Başsavcı 16 Temmuz 2010 tarihli yazıyla başvuranın küçük oğluyla ilgili olarak zarar görmüş taraf statüsünün kanıtlandığını doğrulamış olduğunu ancak adına talepte bulunulan belirli kişilerle ilgili gerekli kanıtların halen eksik olduğunu belirtmiştir. Başvuranın yasal temsilcisi, 1 Eylül 2010 tarihli yazısıyla, dosyalara erişim talebinin kapsamını

başvuranla sınırlandırdıktan sonra, Federal Başsavcı 3 Eylül 2010 tarihli yazısıyla derhal erişim izni vermiştir.

(b) Soruşturmanın etkili olmadığı iddiasıyla ilgili şikâyetle bulunmak için hukuk yolu gerekliliği

190. Başvuranın Federal Başsavcının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararını gözden geçirmesi için kendisine etkili bir hukuk yolu sağlanması gerekli değildir (atıfta bulunulan ve yukarıda anılan *Armani da Silva*, §§ 278-279). Bununla beraber, başvuran aslında soruşturmanın etkinliğine itiraz etmek için iki etkili hukuk yoluna sahipti. Bunlar; (i) Temyiz Mahkemesi nezdinde kamu davası açılması talebine ilişkin dilekçe sunma ve (ii) anayasal şikâyet bulunmadır.

191. Temyiz Mahkemesi nezdinde kamu davası açılması talebine ilişkin dilekçe sunma, bu itibarla, savcılık makamları tarafından soruşturma görevinin aleni veya özellikle ciddi şekilde ihlal edilmesi durumunda yeterli bir inceleme kapsamı gerektirir. Başvuranın talebi kabul edilebilirlik şartlarına uygun ve Temyiz Mahkemesi şimdiye kadar yapılan soruşturmaları yetersiz bulmuş olsaydı, Temyiz Mahkemesinin soruşturmaların yeniden başlatılmasına karar vermeyeceğine dair hiçbir emare bulunmamaktaydı. Özellikle başvuranın bir avukat tarafından temsil edildiği göz önüne alındığında, Temyiz Mahkemesi tarafından uygulanan kabul edilebilirlik koşulları aşırı olarak değerlendirilemez. Yerel mahkemelerin içtihadına göre, Temyiz Mahkemesi soruşturma dosyalarından derlenmiş delillerin tüm içeriğinin bir özetini değil, Federal Başsavcının dayandığı delillerin içeriğinin bir sunumunu talep etmiştir.

192. Ayrıca, Federal Anayasal Mahkemesi başvuranın anayasal şikâyeti aracılığıyla soruşturmanın etkinliğini gözden geçirmiştir. Federal Anayasal Mahkemesi, Federal Başsavcının dava açmama kararının sadece kendi standartlarına değil, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının belirlediği gerekliliklere de uygun olduğunu açıkça vurgulamıştır. Federal Anayasal Mahkemesi, hava saldırısının kurbanlarının sayısı ve kimliğine ilişkin ilave soruşturmaların şüphelilerin cezai sorumluluğunun değerlendirilmesiyle ilgili herhangi bir hususu ilgilendirmeyecek olması sebebiyle Federal Başsavcının neden görgü tanıklarını incelemesinin veya daha fazla kanıt toplamasının gerekli olmadığını açıklamıştır. Ayrıca Federal Anayasal Mahkemesi, Temyiz Mahkemesinin kamuya ilişkin suçlar hakkında kamu davası açılması talebiyle ilgili

kararının, Federal Başsavcının ileri sürdüğü gerekçeleri detaylı bir şekilde ele aldığını vurgulamıştır.

B. Üçüncü taraf müdahiller

1. Fransa, Norveç ve Birleşik Krallık Hükümetleri

193. Müdahil Hükümetler, ulusal topraklar dışındaki silahlı çatışma durumlarına uygulanan 2. madde kapsamındaki usuli yükümlülüğün özel bir hüküm oluşturan uluslararası insani hukukla tutarlı bir şekilde yorumlanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu, sadece soruşturma görevini doğuran eşik hususunu değil aynı zamanda böyle bir görevin içeriğini de ilgilendirmektedir. Soruşturma görevinin içeriğine ilişkin olarak, Birleşik Krallıklar Hükümeti Ek Protokol II'nin 6. maddesinin esas olarak yargılamaların bağımsızlık yükümlülükleriyle sınırlı olduğunu ve şeffaflık gerekliliklerine veya birinci derece akrabaların katılımına daha geniş bir atıfta bulunmadığını vurgulamıştır. Bağımsızlık gerekliliğine ilişkin olarak, Fransa ve Birleşik Krallık Hükümetleri, uluslararası insani hukuk kapsamında soruşturmanın yürütülmesinde komutanlara atfedilen özel rol üzerinde durmuş ve 2. madde kapsamındaki usule ilişkin yükümlülüklerin askeri komutanların soruşturmanın dışında tutulmasını gerektirecek şekilde yorumlanması halinde, komutanların belirli soruşturma görevlerine ilişkin özel hükümlerinin reddedilmiş olacağını ileri sürmüşlerdir.

194. Müdahil Hükümetler, askeri konuşlandırmaların gerçekte uygulanabilirliğinin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu uygulamalar arasında, askeri polis gibi soruşturmayı yürütenlerin askeri birliğin diğer üyeleriyle birlikte barındırılması; soruşturmayı yürütenlerin operasyondan sorumlu askeri liderlikle belirli bir hiyerarşik veya kurumsal bağa sahip olması ve özellikle Sözleşmeye Taraf olan küçük Devletler ve birlikler açısından sınırlı kaynakların soruşturma adımlarının çabukluğu ve sayısı üzerindeki etkisi gibi durumları içerebilir. Fransa ve Birleşik Krallık Hükümetleri, BM'nin yasal çerçevesinin ve ISAF görevinin yanı sıra Afgan yasalarının getirdiği yasal kısıtlamalara, özellikle Alman savcılık makamlarının Afganistan'da soruşturma yürütmesine izin verilmediğine dikkat çekmiştir.

195. Fransa ve Birleşik Krallık Hükümetleri, Devletlerin, Sözleşme'nin 15. maddesinde atıfta bulunulan, "savaşta hukuki olan eylemlerin", önceden askıya

alma bildirimi yapılmasa bile 2. maddede askıya alınmasının Devlet uygulamasından kaynaklandığını düşündüklerini eklemiştir.

2. *Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, Açık Toplum Adalet Girişimi, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano Uluslararası Çalışmalar Enstitüsü ve İzleme Örgütü (BK)*

196. Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi uluslararası insani hukukun objektif kriterler temelinde uygulanabilir hale geldiğini iddia etmiştir. Uygulanabilir olduğu ve bir Devletin uluslararası insani hukuka başvurmayı seçtiği durumlarda, uluslararası insani hukuk ve insan hakları hukukunun aynı anda uygulanması, Devletin insan hakları hukuku yükümlülüklerinin içeriğinde önemli bir değişiklikle sonuçlanabilir. Bir Devletin uluslararası insani hukuka başvurmamayı seçmesi durumunda, Mahkeme, bunun uygulanabilir olduğunu kabul etmesine rağmen Devletin yalnızca insan hakları hukuku temelinde incelenmeyi seçtiğini not etmelidir. Devletin uluslararası insani hukuka başvurması için, bu hukukun uygulanabilir olması ve davalı Devletin buna Mahkeme önünde başvurması yeterlidir. Uluslararası silahlı çatışmalarda askıya almanın gerekli olması muhtemel değildir ve sınır dışı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da gerekli olmayabilir. Uluslararası insani hukukun aynı anda uygulanmasının ilgili insan hakları hukuku kuralında bir değişiklikle sonuçlanmadığı durumlarda, bir insan hakları kurumu, Devletin uluslararası insani hukuka başvurmasına gerek kalmadan, bir insan hakları analizini doğrulamak için uluslararası insani hukuktan yararlanabilir. Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano Uluslararası Çalışmalar Enstitüsü, özellikle Sözleşme'nin 15. maddesiyle çelişmenin olmaması için, uluslararası insani hukuka dayanılırken çok dikkatli bir şekilde değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamıştır.

197. Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, güç kullanımıyla ilişkili olarak, uluslararası insani hukukun saldırılacak hedeflerin askeri hedefler olduğunu doğrulamak için mümkün olan her şeyin yapılmasını gerektirdiğini belirtmiştir. Uluslararası insani hukuk kapsamında şüphelenilen ihlalleri araştırma yükümlülüğü bulunmakta olup buna ilişkin standartlar *UIH ihlallerinin soruşturulmasına ilişkin Kılavuzda* detaylı olarak belirtilmiştir. Açık Toplum Adalet Girişimi, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano Uluslararası Çalışmalar Enstitüsü ve İzleme

Örgütü (BK) silahlı çatışmalar sırasında sivil ölümlerinin soruşturulması görevine ilişkin uluslararası insan hakları hukukunda geliştirilen standartların, uluslararası insani hukuka atıfta bulunularak indirilmemesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

C. Mahkemenin değerlendirmesi

1. İlgili genel ilkeler

198. İç hukuktaki yargılamalarda gerçekleşen hava saldırısı sonucunda başvuranın iki oğlunun ölmüş olduğu durum, uluslararası insani hukuk açısından uluslararası olmayan bir silahlı çatışma olarak nitelendirilmiştir. Hükümet, Almanya'nın Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamındaki askıya alma hakkından yararlanmadığını kabul etmesine rağmen *Hassan* davasında Mahkemenin yaklaşımına uygun olarak, uluslararası insani hukukun mevcut koşullar altında davalı Devletten ne istendiğini belirlemek için uygun ölçütü sağladığını ileri sürmüştür.

199. Mahkeme, somut davaya uygulanabilen uluslararası insani hukuk kuralları (bk. yukarıda 82. ve 84-85 paragraflar) ile Sözleşme kapsamındakiler arasında etkili bir soruşturmanın gereklerine ilişkin olarak esas bakımından normatif bir çatışmanın olmadığını kaydetmektedir. Bu nedenle Mahkeme, somut davada Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca resmi bir askıya alma gerçekleşmeden Sözleşme'yi yorumlarken ve uygularken uluslararası insani hukukun bağlamını ve kurallarını dikkate almasına izin veren gerekliliklerin karşılanıp karşılanmadığını ele almak zorunda kalmadan 2. madde kapsamındaki içtihadına dayanarak mevcut davanın olaylarını incelemekle yetinebilir (bk. yukarıda anılan *Hassan*, §§ 98 ve sonraki paragraflar.).

200. Mahkeme, 2. madde kapsamındaki usuli yükümlülüğün gerçekçi bir şekilde uygulanması gerektiğini yineleyerek (bk. yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 168), soruşturma yetkililerinin ölümlerin (sınır dışında gerçekleşen) bir silahlı çatışmada aktif düşmanlıktan kaynaklanması sebebiyle karşılaştığı zorlukların ve kısıtlamaların bir bütün olarak soruşturmayla ilgili olduğu ve Almanya'daki mülki savcılık yetkilileri de dâhil olmak üzere, soruşturma boyunca üstlenilebilecek soruşturma tedbirlerinin fizibilitesini etkilemeye devam etmiş olduğu kanaatindedir. Dolayısıyla, Almanya'da sivil savcılık makamları tarafından yürütülen soruşturmaya uygulanan standartlar, *Al-Skeini ve Diğerleri* (yukarıda

anılan, §§ 163-167) davasında belirtildiği ve *Jaloud* (yukarıda anılan, § 186) davasında özetlendiği gibi, sınır dışı silahlı çatışmalarda meydana gelen ölümlere ilişkin soruşturmalarla ilgili olarak oluşturulmuş olan standartlar tarafından yönlendirilmelidir.

201. Soruşturmanın şekli, 2. maddenin amaçlarına ulaşacak koşullara bağlı olarak değişebilir. Ancak, hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, konu dikkatlerini çektikten sonra yetkililerin kendiliğinden hareket etmesi gerekmektedir (bk. yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 165).

202. Bir soruşturmanın Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında “etkili” olabilmesi için, öncelikle yeterli olması gerekmektedir (bk. *Ramsahai ve Diğerleri/Hollanda* [BD], no. 52391/99, § 324, AİHM 2007-II ve yukarıda anılan *Armani da Silva*, § 233). Diğer bir deyişle, soruşturma olayların belirlenmesini, kullanılan gücün söz konusu koşullarda gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğinin belirlenmesini ve uygun olduğu hallerde, sorumluların tespit edilmesini ve cezalandırılmasını sağlamalıdır (yukarıda anılan *Armani da Silva*, § 233; yukarıda anılan *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç*, § 172 ve yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 166). Etkili soruşturma yürütme yükümlülüğü bir sonuç yükümlülüğü değil, araç yükümlülüğüdür (bk. *Nachova ve Diğerleri/Bulgaristan* [BD], no. 43577/98 ve 43579/98, § 160, AİHM 2005-VII; yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 166 ve yukarıda anılan *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç*, § 173). Yetkililer, diğerlerinin yanı sıra, görgü tanıklarının ifadeleri, adli tıp delilleri ve uygun olduğu halde yaralanmanın tam ve doğru bir kaydını ve ölüm nedeni ile birlikte klinik bulguların nesnel bir incelemesini sağlayan bir otopsi de dâhil olmak üzere, olayla ilgili kanıtları güvence altına almak için ellerinden gelen her türlü makul adımı atmalıdır. Ölüm nedeninin veya sorumlu kişinin tespit edilmediği bir soruşturmadaki eksiklik, bu standardın dışında kalma tehlikesini taşımaktadır (bk. yukarıda anılan *Armani da Silva*, § 233 ve yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 166).

203. Özellikle, soruşturmanın bulguları, tüm ilgili unsurların titiz, nesnel ve tarafsız bir incelemesine dayanmalıdır. Ölüm soruşturmasının açık bir şekilde takip edilmemesi, soruşturmanın davanın koşullarını ve sorumluları tespit etmesindeki rolüne belirleyici ölçüde zarar vermektedir (bk. *Kolevi /Bulgaristan*, no. 1108/02, §

201, 5 Kasım 2009 ve yukarıda anılan *Armani da Silva*, § 234). Ancak, soruşturmanın etkililiğinin asgari eşiğini yerine getiren incelemenin mahiyeti ve ölçüsü, davanın kendine has koşullarına bağlıdır. İncelemenin mahiyeti ve ölçüsü, tüm ilgili unsurlara dayanarak ve soruşturma işleminin uygulamadaki gerçekliği göz önüne alınarak değerlendirilmelidir (bk. *Velcea ve Mazăre/Romanya*, no. 64301/01, § 105, 1 Aralık 2009 ve yukarıda anılan *Armani da Silva*, § 234). Basit bir soruşturma eylemleri listesi veya diğer ölçütleri oluşturacak durumların değişkenliklerinin kısıtlanması mümkün değildir (bk. *Tanrıkulu/Türkiye* [BD], no. 23763/94, §§ 101-110, AİHM 1999-IV; *Velikova/Bulgaristan*, no. 41488/98, § 80, AİHM 2000-VI ve yukarıda anılan *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç*, § 176).

204. Kuşkusuz, 2. madde kapsamında soruşturma yapılmasını gerektirdiği ölüm olayı yaygın şiddet, silahlı çatışma veya isyan çerçevesinde meydana gelmesi halinde, soruşturmayı yürütenler engellerle karşılaşabilir ve Birleşmiş Milletler Yargısız, kısıyoldan ya da keyfi infazlar konusunda Özel Raportörünün de gözlemlediği gibi somut kısıtlamalar, daha zayıf soruşturma tedbirlerinin uygulanmasını gerektirebilir veya soruşturmanın aksamasına sebep olabilir (yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 164; ayrıca bk. *Bazorkina /Rusya*, no. 69481/01, § 121, 27 Temmuz 2006). 2. maddenin dayattığı yükümlülük, zor güvenlik koşullarında bile, yaşama hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin olarak etkili ve bağımsız bir soruşturma yürütülebilmesi için her türlü makul tedbirin alınmasını gerektirmektedir (bk. yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 164).

205. Soruşturma ayrıca, soruşturma makamlarının yalnızca doğrudan ölümcül güç kullanan Devlet görevlilerinin eylemlerini değil, aynı zamanda Devletin 2. madde kapsamındaki yaşamı koruma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini belirlemek için gerekli olduğu durumlarda, söz konusu operasyonların planlanması ve kontrolü gibi hususlar da dâhil olmak üzere çevredeki tüm koşulları dikkate almasına izin verecek kadar geniş olmalıdır (yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 163'de olduğu gibi). Bu, olaya karışan silahlı kuvvet mensuplarının ilk bakışta yeterli bir şekilde sorgulanmasını gerektirecektir (bk. *Aktaş/Türkiye*, no. 24351/94, § 306, AİHM 2003-V (alıntılar)).

206. Devlet görevlilerinin kanuna aykırı bir şekilde ölüme neden oldukları iddiasına ilişkin soruşturmanın etkili olması için, soruşturmayı yürütmekle görevli

kişilerin söz konusu olaylara karışan kişilerden bağımsız olmaları gerekmektedir. Bu yalnızca hiyerarşik veya kurumsal bir bağlantı yokluğu değil aynı zamanda gerçek bir bağımsızlık anlamına gelmektedir (bk. yukarıda anılan *Armani da Silva*, § 232 ve yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 167).

207. Bu bağlamda çabukluk ve makul bir hızlilik şartı da gereklidir. Ancak, belirli bir durumun soruşturulmasında ilerlemeyi önleyecek bir takım zorlukların ve engellerin olabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Bununla beraber, yetkililerin ölümcül güç kullanımının soruşturulmasında ivedi hareket etmesi, genellikle hukukun üstünlüğüne bağlılıkları konusunda kamuoyunun güvenini korumak ve yasadışı eylemlerde herhangi bir gizli anlaşma veya hoşgörü izlenimini önlemek için gerekli olarak kabul edilebilir (bk. yukarıda anılan *Armani da Silva*, § 237 ve yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 167).

208. Ayrıca, davadan davaya değişiklik gösteren ölçüde soruşturmada yeterli kamu denetimi unsuru bulunmalıdır. Soruşturma meşru çıkarlarını güvence altına alacak ölçüde mağdurun ailesine ulaşılabilir olmalıdır (bk. yukarıda anılan *Armani da Silva*, § 235 ve yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 167). Öte yandan, soruşturma materyallerinin yayımlanması, özel kişilerin veya başka soruşturmanın üzerinde olası zararlı etkilere sahip hassas konuları kapsayabilir ve bu nedenle 2. maddeden doğan bir gereklilik olarak görülemez (bk. yukarıda anılan *Giuliani ve Gaggio*, § 304; *McKerr/Birleşik Krallık*, no. 28883/95, § 129, AİHM 2001-III ve yukarıda anılan *Armani da Silva*, § 236). Ayrıca, 2. madde, soruşturmayı yürüten makamlara, soruşturma sırasında bir mağdurun yakını tarafından belirli bir soruşturma tedbiri alınmasına dair her talebi yerine getirme yükümlülüğü vermemektedir (bk. yukarıda anılan *Velcea ve Mazăre*, § 113; *Ramsahai ve Diğerleri*, § 348 ve yukarıda anılan *Armani da Silva*, § 236). Soruşturmanın sonucu, usulüne uygun olarak birinci derecede akrabaların dikkatine sunulmalıdır (bk. *Damayev/Rusya*, no. 36150/04, § 87, 29 Mayıs 2012).

209. Soruşturmaya ilişkin tedbirlerin yeterliliği, soruşturmanın ivediliği, ölen kişinin ailesinin katılımı ve soruşturmanın bağımsızlığı unsurları birbirleriyle ilişki içindedir ve ayrı ayrı ele alındıklarında her biri tek başına bir amaca hizmet etmemektedirler. Söz konusu ölçütler, hep birlikte ele alındıklarında soruşturmanın etkililik düzeyinin değerlendirilmesine olanak sağlamaktadır. Etkili bir

soruşturmanın bu amacı ile ilgili olarak her türlü husus değerlendirilmelidir (bk. yukarıda anılan *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç*, § 225).

210. 2. madde üçüncü tarafların cezai bir suç nedeniyle kovuşturulmasını veya cezalandırılmasını sağlama hakkını öngörmemektedir (bk. yukarıda anılan *Mustafić-Mujić ve Diğerleri*, § 117 ve yukarıda anılan *Armani da Silva*, § 238). Mahkeme bugüne kadar, diğer tüm yönleriyle 2. maddeye uygun bir soruşturmadan kaynaklanan bir savcılık kararını kusurlu bulmamış (bk. yukarıda anılan *Armani da Silva*, § 259) veya yetkili yerel mahkeme, uygun ceza mevzuatının bilinen olaylara uygulanmasının mahkûmiyetle sonuçlanmayacağını dikkate alan bir görüşü benimsemişse, ilgili mahkemenin kovuşturma kararı vermesini hiçbir zaman talep etmemiştir (bk. yukarıda anılan *Mustafić-Mujić ve Diğerleri*, § 123).

2. Somut davaya uygulanması

(a) Yeterlilik

211. Mahkeme öncelikle, ceza soruşturmasında başvuranın iki oğlunun 4 Eylül 2009 tarihinde Albay K. tarafından yapılması emredilen hava saldırısı sonucu ölmüş olduklarını tespit ettiğini kaydetmektedir. Hava saldırısının hedef aldığı yakıt tankerlerinin isyancılar tarafından kaçırılarak kontrolleri altında kaldığı ve sivil kayıplar olduğu tartışmasızdır. Başvuranın oğullarının ölüm nedeni ve bundan sorumlu kişi(ler) soruşturmanın başından beri biliniyordu (kıyaslayıp karşılaştırınız yukarıda anılan *Jaloud*).

212. Federal Başsavcı Albay K.nin esas olarak, hava saldırısı emrini verdiği sırada sığılıkta sivillerin bulunmadığına ikna olduğu için cezai sorumluluk üstlenmediğine karar vermiştir (bk. yukarıda 33-49 paragraflar). Bu nedenle Albay K., Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu'nun ilgili hükmü uyarınca sorumlu tutulmasını gerekli kılacak olan ağır sivil kayıplara neden olma kastı ile hareket etmemiştir. Genel ceza hukuku kapsamındaki sorumluluğu, uluslararası insani hukuk uyarınca hava saldırısının yasallığı nedeniyle reddedilmiştir. Federal Başsavcı daha sonra, kararında kullandığı “isyancılar” ve “Taliban” terimlerinin anlamını ve hava saldırısının kurbanlarının uluslararası insani hukuk kapsamındaki statüsü hakkında ayrıntılı bilgi vermiştir. Federal Başsavcı iki yakıt tankerini kaçırarak silahlı Taliban savaşçıların, silahlı çatışmaya taraf olmaları ve organize bir silahlı grubun üyeleri olmaları nedeniyle meşru askeri hedefler oldukları sonucuna varmıştır. Bu kişiler, örgütlü silahlı gruba işlevsel olarak entegre olmuş

ve bu grup içinde sürekli bir muharebe fonksiyonu icra eden kişileri kapsamaktadır. Taliban savaşı olmayıp hava saldırısında ölmüş bütün kurbanlar, Taliban'ın sığıltan yakıt tankerlerini çıkarmasına yardım edenler ve kendi çıkarları için yakıt elde etmeye çalışanlar da dâhil olmak üzere, uluslararası insani hukuk kapsamında korunan sivillerdi (bk. yukarıda 42 ve 44-45 paragraflar).

213. Albay K.nin cezai sorumluluğuna ilişkin ilgili hukuk sorularını yanıtlamak amacıyla, Federal Başsavcının soruşturması, özünde, iki hususu açıklığa kavuşturmaya odaklanmıştır: Albay K.nin hem Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu kapsamındaki sorumluluğu hem de uluslararası insani hukuk kapsamında hava saldırısının yasallığı açısından çok önemli olan hava saldırısı emrini verdiği sıradaki duruma ilişkin öznel değerlendirmesi ile birlikte saldırı sonucunda ölen kurbanların kesin sayısı (bk. yukarıda 36. paragraf).

214. Mahkeme, Alman mülki savcılık makamları ile Federal Başsavcılığın Afganistan'da ISAF Kuvvetler Statüsü Anlaşması kapsamında soruşturma tedbirleri almak için yasal yetkilere sahip olmadıklarını, ancak bu amaçla uluslararası hukuki yardıma başvurmaları gerektiğini kaydetmiştir. Bununla birlikte, Federal Başsavcı, hava saldırısının koşulları ve etkisine ilişkin olarak itibar edebileceği önemli miktarda farklı kaynaktan faydalanma olanağına sahipti. Alman askeri polisi, ISAF, UNAMA ve Afgan mülki makamları tarafından hava saldırısı sonrası gerçekleştirilen yerinde soruşturma raporları (bk. yukarıda 35. paragraf) ile birlikte dosyalar (fotoğrafik deliller gibi), toplantı tutanakları ve bu soruşturmalar sırasında yapılan incelemeler Federal Başsavcının erişimine açıktı (karşılaştırınız, yukarıda anılan *Giuliani ve Gaggio*, § 310; yukarıda anılan *Tagayeva ve Diğerleri*, §§ 628-631; yukarıda anılan *Mustafić-Mujić e Diğerleri*, §§ 102-106).

215. Federal Başsavcı komuta merkezinde bulunan şüphelileri ve diğer askerleri sorgulamış ve sığıltta sivillerin bulunmadığı, yalnızca isyancıların bulunduğu varsayımıyla operasyonu gerçekleştirdiklerine ilişkin ifadelerini inandırıcı bulmuştur (bk. yukarıda 37-39 paragraflar). Federal Başsavcı, bu açıklamanın, Amerikan F-15 uçağının pilotları ile komuta merkezi arasındaki görüşmelerin ses kayıtları ve uçağın kızılötesi kameralarından elde edilen termal görüntüler gibi elde edildikten sonra hemen güvenlik altına alınan ve yok edilemeyecek delillerle ve nesnel koşullarla (yerleşim yerlerinden uzaklık, gece

vakti, silahlı Taliban varlığı) desteklendiğini kaydetmiştir. Federal Başsavcı, Albay K.'nin olay yerinde sivillerin bulunmadığını ve daha önce güvenilir olduğu kanıtlanan muhbir tarafından verilen bilgilerin uçaktan gelen video görüntüleri ile uyumlu olduğunu teyit etmek amacıyla muhbir ile en az yedi kez telefon görüşmesi gerçekleştirdiğini tespit etmiştir. Bu doğrultuda Federal Başsavcı muhbir tarafından istihbaratın iletildiği sırada mevcut tek kişi olan Kaptan X.in ifadesini almıştır.

216. Mahkemenin, Federal Başsavcının ve Federal Anayasa Mahkemesinin, Albay K.nin hava saldırısı emrini verirken sivil kayıp beklentisiyle hareket edip etmediğine ilişkin daha fazla tanık ifadesi olarak ilave bilgilerin elde edilemeyeceğine ilişkin değerlendirmesinden şüphe etmek için hiçbir nedeni bulunmamaktadır (bk. yukarıda 39 ve 60. paragraflar). Bu durum F-15 pilotlarıyla birlikte hava saldırısından etkilenen kişiler ve başvuranın sorgulanması içinde geçerliydi. Mahkeme, Federal Başsavcının sivil kayıpların sayısının Albay K.nin öznel beklentileri sonucunu çıkartan ikincil delil olarak değerlendirilemeyeceği ve hava saldırısı sırasında olay yerinde bulunan insan sayısının Albay K.nin yalnızca Taliban savaşçılarıyla mücadele ettiği varsayımını sorgulamak için bir neden oluşturmadığı yönündeki tespitini dikkate almaktadır (bk. yukarıda 40. aşağıda ise 218. paragraf).

217. Ayrıca Mahkeme, ilave askeri bilirkişilerin katılımına veya komuta merkezindeki durumun bir simülasyonuna ihtiyaç olduğunu düşünmemektedir. ISAF soruşturma ekibinin raporu, farklı ülkelere askeri bilirkişiler tarafından hazırlanmıştır. Federal Başsavcı bu rapora dayanarak, tüm ihtiyati tedbirlerin alındığı, Albay K.nin hava saldırısı emrini verdiği sırada yakıt tankerlerinin yakınında sivillerin varlığından şüphelenmek için hiçbir nedeninin bulunmadığı ve önceden bir uyarı yapılmasının gerekmediği sonucuna varmıştır (bk. yukarıda 46 ve 48. paragraflar).

218. Mahkeme normal şartlar altında, ölümcül güç kullanımına maruz kalan kurbanların kesin sayı ve durumlarının belirlenmesinin, çok sayıda ölümün olduğu olayların uygun bir şekilde soruşturulması için temel bir unsur olduğunu gözlemlemektedir. Somut davada Federal Başsavcı, farklı raporların çeşitli bulgularını, bunların tespit edilme yöntemlerini ve görsel materyaller de dâhil olmak üzere mevcut delilleri dikkate alarak, hava saldırısında yaklaşık elli kişinin

öldüğü veya yaralandığı ve kurbanlar arasında sivillerden önemli ölçüde daha fazla Taliban savaşı bulduğu sonuca varmıştır (bk. yukarıda 40. paragraf). Mahkeme, hava saldırısının geceleyin aktif bir çatışma bölgesinde gerçekleştiği, hava saldırısının ardından birkaç saat içinde olay yerindeki cesetlerin yerel halk tarafından kaldırılması ve yerel nüfusun sosyal ve dini adetleri göz önüne alındığında modern adli tıp tekniklerinin uygulanmasındaki zorluk durumu dikkate alındığında daha doğru bir değerlendirmenin mümkün görünmediğini kabul etmeye hazırdır. Her halükarda Mahkeme, sivil mağdurların kesin sayısının, hava saldırısı emrini verdiği sıradaki öznel değerlendirmesine odaklanan Albay K.nin cezai sorumluluğuna ilişkin yasal değerlendirmede hiçbir etkisi olmadığını kaydetmektedir. Bu özel koşullarda ışığında Mahkeme, yetkililerin hava saldırısı mağdurlarının kesin sayısını ve statüsünü belirlememiş olmasının, soruşturmanın Sözleşme standartlarına uygunluğunu sorgulayabilecek bir eksiklik oluşturmadığı görüşündedir.

219. Mahkeme, yukarıda belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, hava saldırısı emrine zemin hazırlayan karar verme ve hedef doğrulama süreci de dâhil olmak üzere (bk. yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 163), başvuranın iki oğlunun ölümüne sebep olan hava saldırısını çevreleyen olguların, ölümcül güç kullanımının kanuna uygunluğunu belirlemek için kapsamlı ve güvenilir bir şekilde saptandığı kanaatine varmaktadır.

220. Başvuran, soruşturmanın etkisiz olduğu iddiasıyla ilgili şikâyetinde bulunmak için etkili bir hukuk yolunun bulunmamasından şikâyet etse de, Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alan usuli yükümlülüğün soruşturmaya ilişkin kararların mutlaka bir adli incelemeye tabi tutulmalarını şart koşmadığını yinelemektedir. (bk. yukarıda anılan *Armani da Silva*, §§ 278-279, ilgili kararda yer alan diğer atıflar). Hükümet, her halükarda başvuranın, soruşturmanın etkinliğine itiraz etmek için elinde Temyiz Mahkemesi nezdinde kamu davası açılması talebine ilişkin dilekçe sunma ve anayasal şikâyetinde bulunma etkili hukuk yollarına sahip olduğunu ve her ikisini de kullandığını belirtmiştir.

221. Mahkeme, Temyiz Mahkemesinin başvuranın kamu davası açılması talebine ilişkin dilekçesini kabul edilemez bulduğunu ve kabul edilebilirlik şartlarının aşırı olup olmadığının taraflar arasında ihtilaf hususu olduğunu

gözlemlemektedir. Bu bağlamda, kabul edilebilirlik şartlarının uygulanması yerel mahkemelerin yerleşik içtihadıyla tutarlıdır (bk. yukarıda 53, 62 ve 99. paragraflar). Her halükarda Temyiz Mahkemesi, Federal Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere, başvuran tarafından atıfta bulunulan delilleri ve Federal Başsavcının kararını kapsamlı bir şekilde incelemiştir (bk. yukarıda 61. paragraf).

222. Ayrıca, Federal Anayasa Mahkemesi başvuranın anayasal şikâyeti kapsamındaki soruşturmanın etkililiğini gözden geçirmiştir. Federal Anayasal Mahkemesi, Federal Başsavcının dava açmama kararının sadece kendi standartlarına değil, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının belirlediği gerekliliklere de uygun olduğunu açıkça vurgulamıştır (bk. yukarıda 59-60 paragraflar). Federal Anayasa Mahkemesinin bir ceza soruşturmasını durdurma kararını iptal etme yetkisine sahip olduğunu göz önünde bulundurarak (bk. yukarıda 100. paragraf), Mahkeme, başvuranın soruşturmanın etkililiğine itiraz etmesine imkân veren bir hukuk yoluna sahip olduğu sonucuna varmıştır (ayrıca bk. yukarıda anılan *Hentschel ve Stark*, § 102).

(b) Çabukluk, makul hızlilik ve bağımsızlık

223. Başvuran, olay yerinde keşife ilişkin olarak bir gecikme ve bağımsızlık eksikliği iddiasında bulunduğundan, Mahkeme, bu yönün hava saldırısının gerçekleştiği bölgede devam eden silahlı çatışmaların arka planına karşı incelenmesi gerektiği kanaatindedir. Olay yerinde ön keşif yapmak için saat 12.34'te olay yerine gelen PRT Kunduz üyeleri, Afgan güvenlik güçlerinin yaklaşık 100 üyesi tarafından koruma altına alınmış olmasına rağmen yine de saldırıya uğramışlardır (bk. yukarıda 27. paragraf). Bu durum, ölümlere ilişkin yapılacak olan soruşturmanın, sınır ötesindeki silahlı çatışma sırasında aktif düşmanlıkların devam ettiği bir aşamasında meydana gelmediği (yukarıda anılan) *Al-Skeini ve Diğerleri* ve *Jaloud* davalarına kıyasla önemli farklılar içermektedir. Bu koşullar altında Mahkeme, Alman askeri birliğinin gerçekçi bir şekilde olay yerinde PRT Kunduz üyelerinden daha hızlı bir şekilde keşif yapmasının beklenebileceğini düşünmemektedir. Mahkeme, başvuran tarafından ibraz edildiği gibi, yerinde ziyaretten önce insansız hava aracı aracılığıyla ek keşif yapılmasının mümkün olabileceğini kabul ederken, bunun o sabah saat 8'de insansız hava aracı tarafından yapılan incelemeyle hâlihazırda elde edilmiş olan bulguların ötesinde bilgi toplama olanağına sahip olup olmadığını belirleyecek bir konumda değildir (bk.

yukarıda 24. paragraf). Mahkeme, bağımsızlık açısından, ön keşife ilişkin değerlendirmenin münhasıran Albay K.nin komutasındaki PRT Kunduz üyeleri tarafından yapılmamış olması hususunda başvuranla hemfikir olmasına rağmen, o sabah Masar-i-Sharif'ten konuşlandırılması emredilen Alman askeri polisindeki soruşturma ekibinin, olay yerinde keşif yapıldığı sırada henüz gelmemiş olduğunu kaydetmektedir (bk. yukarıda 26-27 paragraflar). Bu nedenle, Alman askeri polisindeki soruşturma ekibinin katılımlarının sağlanması, çabukluk ve bağımsızlığın birbiriyle ilişkisini gösteren, önemsiz nitelikte de olsa, bir gecikmeyle sonuçlanabilirdi.

224. Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki usuli yükümlülüğün gerçekçi bir şekilde uygulanması gerektiğini (bk. yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 168) ve Alman mülki savcılık makamlarının Afganistan'da soruşturma tedbirleri almak için yasal yetkilerinin olmadığını yineleyerek, Alman askeri polisinin Alman ISAF birliğinin genel komutası altında olmasının, soruşturmalarının kalitesini bozma noktasına kadar bağımsızlıklarını etkilediğini düşünmemektedir (bk. yukarıda anılan *Jaloud*, §§ 189-190). Mahkeme, yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri* davasında olaya karışmış askerlerin ifadesinin alınması ile sınırlı ve yalnızca olaydan sorumlu olduğu iddia edilen askerlerin komutanları tarafından yürütülen bir soruşturmanın 2. maddenin şartlarını karşılamadığını tespit etmiş olmasına rağmen (§§ 153 ve 171), komutanlara bu bağlamda uluslararası insani hukuk kapsamında verilen görevi de göz önünde bulundurarak, komutanların astlarına karşı yürütülen soruşturmalardan tamamen dışlanması gerektiğini önermemektedir (bk. yukarıda 84 ve 193. paragraflar).

225. Aksine, Mahkeme, soruşturmanın hava saldırısı emriyle bağlantılı olarak kendi sorumluluğuyla ilgili olduğu göz önüne alındığında (bk. yukarıda 27-28 paragraflar), Albay K.nin 4 ve 5 Eylül 2009 tarihli görüşmeler ve ziyaretler de dâhil olmak üzere Afganistan'daki soruşturma adımlarına dâhil olmaması gerektiği kanaatindedir.

226. Ancak Mahkeme, Albay K.nin bu şekilde katılımının soruşturmayı etkisiz hale getirdiği sonucuna varamaz (bk. yukarıda *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç*, § 225). Ceza soruşturmasının sorumluluğu, özellikle farklı aktörler tarafından yürütülen soruşturmalardan elde edilen önemli miktarda materyallere dayanabilen

ve daha ilave soruşturma tedbiri alan Federal Başsavcı olmak üzere mülki savcılık makamlarına aittir (kıyaslayıp karşılaştırınız yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, §§ 153 and 171). Daha da önemlisi, Federal Başsavcının Albay K.nin cezai sorumluluk üstlenmediği yönündeki tespiti, öncelikle Albay K.nin hava saldırısı emrini verdiği sırada Amerikan F-15 uçağının komuta merkezi ile pilotları arasındaki görüşmelerin ses kayıtları ve uçağın kızılötesi kameralarından elde edilen termal görüntüler gibi elde edildikten sonra hemen güvenlik altına alınan ve yok edilemeyecek delillerle desteklenen cürmü kastına dayanmaktaydı.

227. Bu koşullar altında, gerçekçi olarak, Albay K.nin cezai sorumluluğunun belirlenmesi için belirleyici olan delillerin lekelenmiş ve güvenilmez hale gelme riski yoktu. Bu, Albay K.nin Afganistan'daki bazı soruşturma adımlarında yer almasından kaynaklandığı iddia edilen böyle bir risk için ve Federal Başsavcı tarafından komuta merkezinde bulunan diğer askerler ve Albay K.yi sorgulamadaki gecikme açısından da aynı şekilde geçerlidir. Bu, somut dava ile (başvuranın oğlunun ölümüne sebep olan kurşunların kim tarafından ateşlediğinin belirsiz kaldığı) *Jaloud* ve (ilk beş başvuranın akrabalarının ölümüyle ilgili koşulların belirsiz kaldığı) *Al-Skeini ve Diğerleri* davaları arasında önemli bir farka işaret etmektedir.

228. Başvuran, Almanya'daki mülki savcılık makamları tarafından soruşturmanın ivedilikle yapılmadığını iddiasına ilişkin olarak, Mahkeme, hava saldırısının gerçekleştiği gün, silahlı kuvvetlerin adli subayının Potsdam savcısını bilgilendirdiğini gözlemlemektedir (bk. yukarıda 30. paragraf). Cumhuriyet savcısı üç gün sonra bir ön soruşturma başlatmış ve bu soruşturma hava saldırısından dört gün sonra, 8 Eylül 2009 tarihinde paralel bir ön soruşturma başlatmış olan Federal Başsavcıya devredilmiştir. Yetkili Alman makamları bu nedenle, sivil kayıpların olabileceği olasılığının ortaya çıkmasının hemen ardından, olaydan sorumlu olanların cezai sorumluluğunun belirlenmesi amacıyla da, hava saldırısıyla ilgili soruşturma başlatmıştır.

229. Hazırlık soruşturması sırasında savcılık makamlarının yetkilerini (bk. yukarıda 97. paragraf) ve sürdürülen soruşturma faaliyetlerini dikkate alındığında (bk. yukarıda 31. paragraf), Mahkemeye göre, resmi ceza soruşturmasının 12 Mart 2010 tarihinde açılmasına kadar soruşturmanın yaklaşık altı ay boyunca hazırlık

soruşturması aşamasında kalması üzücü olmasına rağmen soruşturmanın etkinliğini etkilememiştir.

(c) Birinci derece akrabaların katılımı ve kamu denetimi

230. Mahkeme, başvuranın 12 Nisan 2010 tarihinde iki oğlunun ölümüyle ilgili olarak suç duyurusunda bulunduğunu ve soruşturma dosyasına erişim talebinde bulunduğunu gözlemlemektedir (bk. yukarıda 50. paragraf). Ancak Federal Başsavcı, başvuranın beyanlarını dinlemeden veya avukatının dosyaya erişmesine izin vermeden dört gün sonra soruşturmayı kapatmıştır. Başvuranın hava saldırısında öldürülen iki kişinin babası olarak soruşturmaya dâhil olması, ilk bakışta başvuranın, özellikle hava saldırısının gerçekleştiği alanda bulunanların kimliğiyle ilgili bilgilere sahip olduğunun göz ardı edilemeyeceği dikkate alındığında sorunlu görünecektir.

231. Ancak somut davanın koşullarında, başvuranın soruşturmanın durdurulmasından önce tanık olarak sorgulanmaması soruşturmayı yetersiz kılmamıştır. Başvuranın iki oğlunun hava saldırısı emrini veren Albay K. tarafından öldürüldüklerine ilişkin bir şüphe yoktur ve Federal Başsavcının dayandığı gerekçeler göz önüne alındığında, başvuran, Albay K.nin cezai sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili ek bilgiler sağlayacak konumda değildir. Mahkeme ayrıca, başvuranın avukatının, başvuranın sahip olduğunu iddia ettiği ek bilgiler hakkında daha fazla ayrıntı vermediğini ve Hükümetin, başvuranın hava saldırısının gerçekleştiği alanda bulunduğuna ilişkin ifadelerinin muğlak kaldığı yönündeki görüşünü yansıttığını belirtmektedir. Temyiz Mahkemesi ise, başvuranın hava saldırısının gerçekleştiği gece çok sayıda sivilin dışarıda olduğu iddiası da dâhil olmak üzere, şüphelileri suçlayan bir dizi iddia için uygun delil ya da herhangi bir delil sunamadığını tespit etmiştir (bk. yukarıda 53. paragraf).

232. Buna ek olarak, Federal Başsavcı, başvuranın 9 Haziran 2010 ve 7 Temmuz 2010 tarihli suç duyurularını gözden geçirmiş ve 16 Temmuz 2010 ve 3 Eylül 2010 tarihli yazılarla bunların dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmiştir (bk. yukarıda 50. paragraf). Başvuranın ifadeleri yeni deliller içeriyor olsaydı veya mevcut delillerin farklı bir açıdan incelenmesine yol açacak kapasiteye sahip olsaydı, bu durum soruşturmanın yeniden açılmasına yol açabilirdi (bk. yukarıda 98. paragraf). Başvuran bu nedenle, soruşturmayı durdurma kararından önce ifadesi alınmamış olmasına rağmen, soruşturmayı etkileme fırsatından

mahrum bırakılmamıştır. Bu bağlamda, mahkeme, 2. maddenin soruşturmayı yürüten makamlara, soruşturma sırasında bir yakın tarafından belirli bir soruşturma tedbiri alınmasına dair her talebi yerine getirme yükümlülüğü vermemediğini yinelemektedir (bk. yukarıda anılan *Giuliani ve Gaggio*, §§ 304 ve 312 ve sonraki paragraflar; yukarıda anılan *Velcea ve Mazăre*, § 113 ve yukarıda anılan *Ramsahai ve Diğerleri* § 348).

233. Mahkeme, soruşturma dosyasına erişim sorununun Federal Anayasa Mahkemesi tarafından daha erken bir tarihte, başvuranın Mahkemeye itiraz etmediği (bk. yukarıda 57. paragraf) ayrı bir kararla karara bağlandığını gözlemleyerek, her halükarda, başvuranın soruşturma dosyasına erişimiyle ilgili olarak herhangi bir gereksiz kısıtlama veya gecikme tespit edememiştir. Öncelikle, başvuranın avukatı, mağdur statüsünün doğrulanması için belirli bir süre gerektiren çok sayıda kişi adına soruşturma dosyasına erişim talebinde bulunmuştur (bk. yukarıda 50. paragraf). Başvuranın avukatı, yukarıda anılan talebi başvuranla sınırlamasının ardından, dosyanın gizli olmayan kısımlarına iki gün sonra erişim izni verilmiştir. Soruşturma materyali, devam eden bir silahlı çatışmadaki askeri operasyona ilişkin hassas bilgiler içermekte olup ölen bir mağdurun hayatta kalan en yakın birinci derece akrabasına devam eden soruşturmaya erişim izni verilmesi, 2. maddeden doğan bir gereklilik olarak görülemez (bk. yukarıda anılan *Ramsahai ve Diğerleri*, § 347; yukarıda anılan *Giuliani ve Gaggio*, § 304 ve yukarıda anılan *McKerr*, § 129).

234. Başvuranın soruşturmanın durdurulması kararının tebliğindeki gecikmeden şikâyetiyle ilgili olarak, Mahkeme, 16 Nisan 2010 tarihli kararın gizli askeri bilgiler içermesi nedeniyle hemen yayınlanmadan veya zarar gören taraflara tebliğ edilemeden önce yeniden düzenlenmesinin makul olduğu kanaatindedir. Kararın önemli unsurları her şeye karşın bir basın bülteninde yayınlanmıştır (bk. yukarıda 34. paragraf). Kararın düzenlenmiş halinin kesinleşmesinden iki gün sonra, ilgili karar başvuranın temsilcisine 13 Ekim 2010 tarihinde tebliğ edilmiştir. Daha da önemlisi, kamu davasının açılmasını talep etmek için öngörülen bir aylık süre, soruşturmanın durdurulması kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlamıştır (bk. yukarıda 99. paragraf). Dolayısıyla, düşme kararının düzenlenmiş halinin tebliğ edilmesindeki gecikme, başvuranın bu karara itiraz etme

kabiliyetini olumsuz etkilememiştir (kıyaslayıp karşılaştırınız yukarıda anılan *Damayev*, § 87).

235. Mahkeme son olarak, meclis araştırma komisyonu tarafından yapılan hava saldırısına ilişkin soruşturmanın (bk. yukarıda 69. paragraf) yüksek düzeyde bir kamu denetimi sağladığını gözlemlemektedir (bk. yukarıda anılan *Tagayeva ve Diğerleri*, §§ 629-631; yukarıda anılan *Mustafić-Mujić ve Diğerleri*, §§ 102-106 ve ayrıca yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, §§ 71, 157 ve 176).

3. Sonuç

236. Yukarıda belirtilen hususlarla birlikte somut davanın koşullarını göz önünde bulunduran Mahkeme, başvuranın iki oğlunun ölümüyle ilgili olarak Alman makamları tarafından yürütülen soruşturmanın, Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki etkin bir soruşturmanın gereklerine uygun olduğu sonucuna varmıştır. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin usulü yönünden ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,

1. Oy birliğiyle, başvurunun Almanya'da yürütülen soruşturmanın bağımsız olmadığına ilişkin kısmının *kabul edilmez olduğuna*,
2. Başvurunun geri kalan büyük bir kısmının *kabul edilebilir olduğuna*,
3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin usulü yönünden *ihlal edilmediğine* karar vermiştir.

İşbu karar İngilizce ve Fransızca dilinde tanzim edilmiş olup; Mahkeme İçtüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3 maddesi uyarınca 16 Şubat 2021 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Johan Callewaert

Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Jon Fridrik Kjølbro

Başkan

Sözleşme'nin 45 § 2 maddesi ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74 § 2 maddesi uyarınca, işbu karara, Hâkim Grozev, Ranzoni ve Eicke'nin ayrık görüşü eklenmiştir.

J.F.K.

J.C.

HANAN - ALMANYA KARARI – AYRIK GÖRÜŞ
HÂKİM GROZEV, RANZONİ VE EİCKE’NİN MÜŞTEREK
KISMI MUHALİF GÖRÜŞÜ

I. Giriş

1. Sözleşme’nin 2. maddesinin usulü yönünden ihlal edilmediğine ilişkin tespiti katılsak da, bizim görüşümüze göre, başvurunun 2. madde kapsamındaki soruşturmaya ilişkin usuli yükümlülükle ilgili olarak (1. maddenin amaçları kapsamında) gerekli yargı yetkisi bağlantısının mevcut olmaması nedeniyle kabul edilemez olarak beyan edilmesi gerekirdi.

2. Somut görüşle ilgili olduğu kadarıyla, dava aşağıdaki gibi özetlenebilir. Alman Meclisi Aralık 2001 tarihinde Birleşmiş Milletler Uluslararası Güvenlik ve Destek Gücünün (ISAF) bir parçası olarak Alman silahlı kuvvetlerinin Afganistan’da konuşlandırılmasına izin vermiştir. Bu kuvvetler daha sonra NATO’nun komutası altına girmiştir. Alman kuvvetleri öncelikle, söz konusu zamanda Alman Albay K. tarafından komuta edilen Kunduz İl İmar Ekibinin (PRT) yönetimini devralmıştır. İsyancılar 3 Eylül 2009 tarihinde iki yakıt tankerini kaçırmış ve bunlar daha sonra Kunduz Nehri’ndeki bir sığılta hareketsiz hale gelmiştir. Albay K. 4 Eylül 2009 tarihinin erken saatlerinde, iki Amerika Birleşik Devletleri Hava Kuvvetleri uçağına hareketsiz hale gelmiş araçların bombalanmasına ilişkin emir vermiştir. Hava saldırısı sonucu iki yakıt tankeri yok edilmiş ve diğerleri arasında başvuranın iki oğlu yaşamını yitirmiştir. Alman Federal Başsavcısı, hava saldırısı sonrası hazırlık soruşturması başlattıktan sonra, Albay K.’nin eylemlerini incelemek üzere bir ceza soruşturması başlatmıştır. Söz konusu soruşturma şüphelilerin cezai sorumluluk üstlendiğine dair yeterli şüphenin bulunmaması nedeniyle 2010 yılının Nisan ayında sonlandırılmıştır. Şubat 2011’de Temyiz Mahkemesi, başvuranın kamu davası açtırılması talebini kabul edilemez olduğu gerekçesiyle reddetmiştir ve Alman Federal Başsavcısı 19 Mayıs 2015 tarihinde karara ilişkin anayasal şikâyeti reddetmiştir.

3. Başvuran, Strasbourg Mahkemesine başvurmadan önce, Sözleşme’nin 2. maddesi uyarınca, hava saldırısına ilişkin ceza soruşturmasındaki eksikliklerden (usul yönünden) şikâyetinde bulunmuştur, ancak iki oğlunun saldırısında öldürülmesi (esas yönünden) hakkında şikâyetinde bulunmamıştır.

4. Bu ayrik görüşte, ilk olarak, somut dava bağlamında, bize göre, ne başvuranın oğullarının ölümlerine ilişkin ulusal ceza soruşturması başlatma gerçeğinin ne de çoğunluğun dayandığı sözde “belirli özelliklerin” neden 2. maddenin öngördüğü usuli yükümlülüğü tetikleyecek şekilde yargı yetkisine ilişkin bir bağlantı kurma kapasitesine sahip olmadığını açıklayacağız. Ardından, gerekli yargı yetkisi bağlantısının kendi başına Afganistan’daki askeri operasyonlara dayanıp dayanamayacağını değerlendireceğiz.

II. Çoğunluk tarafından kurulmuş olan yargı yetkisi bağlantısı

5. Mahkeme *Güzelyurtlu ve Diğerleri/Kıbrıs ve Türkiye* davasında ([BD], no. 36925/07, §§ 188-189 ve 196, 29 Ocak 2019) belirli koşullarda, ilgili Devletin yer bakımından yargı yetkisi dışında meydana gelen ölümlere ilişkin bir ulusal ceza soruşturması kurumunun, söz konusu Devlet ile Mahkeme nezdinde dava açan mağdurun akrabaları arasında yargı yetkisi bağlantısı oluşturabileceğini tespit etmiştir. Somut davada çoğunluk – ve bu hususta biz – , bu ilkenin söz konusu olgusal senaryo için, yani Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı ile verilen yetki çerçevesinde Sözleşmeye Taraf Devletlerin toprakları dışında yürütülen bir askeri operasyon kapsamında meydana gelen ölümlere ilişkin soruşturmaya uygulanmadığını tespit etmiştir (bk. bu kararda 135. paragraf). Nitekim, aksini iddia etmek, ulusal düzeyde soruşturmaların başlatılması üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olacak ve “Sözleşme’nin uygulama kapsamını aşırı derecede genişletecektir” (bk. aynı karar).

6. Ancak, çoğunluk daha sonra, *Güzelyurtlu ve Diğerleri/Kıbrıs ve Türkiye* (yukarıda anılan, § 190) davasına yeniden atıfta bulunarak, “belirli özelliklerin” 2. madde kapsamında yer alan usul yükümlülüğünü yerine getirmek için bu tür bir yargı bağlantısı kurabileceği ve bunun Sözleşme’nin yasal alanı dışındaki bir ülkenin sınırı dışında gerçekleşen durumlar için bile geçerli olacağı kanaatine varmıştır (bk. bu kararda 136. paragraf). Çoğunluğa göre söz konusu davada üç tane “belirli özellik” mevcuttur. Bunlar: a) Almanya’nın uluslararası hukuka göre hava saldırısını soruşturmakla yükümlü olması; (b) Afganistan yetkililerinin yasal nedenlerden dolayı kendi başlarına ceza soruşturması başlatmalarına ilişkin önlerinde engellerin olması ve (c) Alman savcılık makamları iç hukuk uyarınca da bir ceza soruşturması başlatmakla yükümlü olmasıdır.

7. Bizler hem (A) “belirli özelliklerin” Sözleşme’nin yasal alanı dışında gerçekleşen olaylara genişletilerek uygulanmasına hem de (B) somut davada çoğunluk tarafından belirlenen üç “belirli özelliğe” katılamamaktayız. Çoğunluğun kararına saygı duymakla birlikte, kanaatimizce, onların yaklaşımı, açıkça kaçınmaya çalıştıkları şeyi yaparak, yani caydırıcı bir etki yaratarak (en azından Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ve/veya teamül hukuku kapsamında hâlihazırda var olan veya ortaya çıkan yükümlülükleri gereksiz yere tekrar ederek) ve “Sözleşme’nin uygulama kapsamını aşırı derecede genişleterek” bir eliyle verdiklerini diğer eliyle almışlardır.

(A) “Belirli özellikler” yaklaşımının haksız olarak genişletilmesi

8. Söz konusu olayların Sözleşme’nin yasal alanı dışında gerçekleştiği, ancak başvuruların yalnızca 2. maddenin usulü yönünden ihlal edildiğinden şikâyet ettikleri sınır dışı durumlarla ilgili olarak, Büyük Dairenin içtihadı, bugüne dek her zaman öncelikle, soruşturulacak olayın Sözleşme’nin 1. maddesi anlamında Devletin yargı yetkisine girip girmediğini ve eğer giriyor ise, bu olayın ilgili Devlete atfedilebilir olup olmadığını değerlendirdiğini açıkça göstermektedir (Mahkeme tarafından en son *Ukraine/ Rusya (re Crimea)* ([BD], no. 20958/14 ve 38334/18 §§ 264, 266 ve 368, 14 Ocak 2021) kabul edilebilirlik kararında vurgulanan önemli bir ayrım). Böyle durumlarda Mahkeme hiçbir zaman – en azından açıkça – başka bir denetim uygulamamıştır.

9. *Al-Skeini ve Diğerleri/Birleşik Krallık* ([BD], no. 55721/07, AİHM 2011) davasında başvurular 2. madde kapsamındaki yaşam hakkının herhangi bir esasa ilişkin ihlalden şikâyet etmemiş ancak yalnızca, davalı Devlet’in başvuruların Irak’taki akrabalarının öldürülmesine ilişkin etkili bir soruşturma yürütme hususundaki usuli görevini yerine getirmediğinden şikâyet etmişlerdir. Mahkeme yine de öncelikle ölümlerin davalı Devletin silahlı kuvvetlerine atfedilebilir olup olmadığını incelemiş (§§ 97-100) ve daha sonra - şikâyetleri esasa dâhil ederek - bu cinayetlerin davalı Devletin yargı yetkisine girip girmediğini incelemiştir (§§ 130-150).

10. *Jaloud/Hollanda* ([BD], no. 47708/08, AİHM 2014) davasında başvuran da benzer şekilde 2. maddenin esasa ilişkin ihlalden şikâyet etmemiş, ancak oğlunun Irak’ta davalı Devletin silahlı kuvvetleri tarafından öldürülmesine

ilişkin soruşturmanın yetersiz olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme yine öncelikle, öldürülmenin Devletin yargı yetkisine girip girmediğini (§§ 137-153) ve daha sonra bunun Devlete atfedilebilir olup olmadığını değerlendirmiştir (§§ 154-155).

11. *Güzelyurtlu ve Diğerleri* (bk. yukarıda anılan, § 190) davasında Mahkeme, 2. madde kapsamındaki usul yükümlülüğünün, ilke olarak, yalnızca ölen kişinin ölüm anında yargı yetkisi dâhilinde bulunduğu Taraf Devlet için tetiklenmesine rağmen, belirli bir davadaki “belirli özelliklerin” bu yaklaşımdan ayrılmayı haklı çıkarabileceğine karar vermiştir. Ancak, “belirli özellikler” kriterinin aslında farklı bir bağlamda ve *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya* (no. 25965/04, §§ 243-244, AİHM 2010 (alıntılar))) davasında neredeyse beyan edici çok kısa iki paragrafta “geliştirildiğini” gözlemleyeceğiz. Daha da önemlisi, *Güzelyurtlu* davasında, 2. maddenin getirdiği usuli yükümlülüğün “belirli özellikler” temelinde yürürlüğe girmesi için yargı yetkisi bağlantısı kurulması, Sözleşme’nin yasal alanına giren Kıbrıs topraklarında insan haklarının korunması sisteminde boşluk oluşmasını önleme amacıyla ilgili olduğu açıktı (bk. yukarıda anılan *Güzelyurtlu ve Diğerleri*, § 195). Bu, her iki davada da her iki (Sözleşme’ye taraf) Devletin Mahkeme tarafından incelenen başvuruda davalı taraf olması ve buradaki sorunun Devletler arasındaki sorumluluğun fiilen paylaştırılmasına ilişkin olması gerçeğiyle de yansıtılmaktadır. Ayrıca her iki davada da söz konusu sorumluluk paylaşımı ve işbirliği yapma yükümlülüğü sadece Sözleşme tarafından değil, aynı zamanda diğer çok taraflı Sözleşmeler (Avrupa Konseyi), yani *Rantsev* davasında, Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi (CETS No. 197) ve *Güzelyurtlu* davasında, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (CETS No. 24) ve bazı Protokollerinin yanı sıra Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi (CETS No. 182) tarafından düzenlenmiştir. Nitekim *Al-Skeini ve Jaloud* davalarındaki durumla çok daha karşılaştırılabilir olan ilgili faktörlerin hiçbiri söz konusu davada mevcut değildir. Ayrıca anılan iki davada da - bu davaların *Rantsev* davasından sonra açılmasına rağmen - Mahkeme hiçbirinde “belirli özellikler” sorununu değerlendirmemiş veya benzer başka herhangi bir denetim gerçekleştirmemiştir.

12. Dolayısıyla, çoğunluğun, Sözleşme’nin temelini oluşturan 2. madde kapsamındaki esasa ilişkin yükümlülükle herhangi bir bağlantıyı ortadan

kaldırarak, usuli soruşturma yükümlülüğünün ayrılabilir niteliğini kırıma noktasının ötesinde esnetmesinden endişe duymaktayız. Mahkeme, elbette, usuli yükümlülüğünün ayrı ve bağımsız bir “müdahale” bulgusuna yol açan ayrı bir yükümlülük olarak görülebileceğini zaten kabul etmiş olsa da, bunu şimdiye kadar yalnızca bazı sınırlı ve çok özel bağlamlarda uygulamıştır.

13. Buna karşın, somut karar artık can kaybının (riskinin) Sözleşmeye taraf Devletin bölgesel “yetki alanı” içinde ortaya çıktığını varsayan “Devlet yetkilileri tarafından ölümcül güç kullanımının hukuka uygunluğunu” gözden geçirmek için usuli bir yükümlülük oluşturmakla (bk. *McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1995, § 161, Seri A No. 324) ya da “diğerlerinin yanı sıra, yaşam hakkının ‘kanunla korunmasını’ gerektiren 2. maddede yer alan yükümlülük” (bk. *Šilih/Slovenya* [BD], no. 71463/01, § 154, 9 Nisan 2009) ile ilgili değildir. Ayrıca bu dava, şüphelilerin ilgili ülkelerin yargı yetkisi alanına kaçışının ardından, “Sözleşme’nin yasal alanı” içinde yasal bir boşluk oluşmasını önlemek için başka bir taraf Devletin soruşturmasında işbirliği yapma veya bu Devlet tarafından ayrı bir soruşturma açılması yükümlülüğü ile ilgili değildir (bk. yukarıda anılan *Güzelyurtlu ve Diğerleri*, § 195).

14. Nitekim, çoğunluk “2. madde kapsamındaki usuli yükümlülükle ilgili olarak salt bir yargı yetkisi bağlantısının kurulmasından, esasa ilişkin yükümlülük taraf Devletin yargı yetkisine girdiği veya söz konusu yükümlülüğün bu Devlete atfedilebilir olduğu sonucunun çıkmadığını” vurgulamıştır (bk. kararda 143. paragraf). Biz buna katılıyoruz. Ancak asıl mesele bu olmayıp bunun tam tersidir. Mahkeme somut kararla, Sözleşme’nin yasal alanı dışında gerçekleşen, Sözleşmeci Devlete açıkça “atfedilemeyen”, bu Devletin 2. madde ile ilgili hiçbir asli yükümlülüğünün bulunmadığı ve hatta yargı yetkisinin dahi olmadığı bir can kaybını soruşturmak için usuli bir görev yaratmıştır. Biz de bundan endişe duyuyoruz. Soruşturulması gereken olayın kendisi söz konusu Devlete atfedilemiyorsa ve Sözleşme’nin 1. maddesinin amaçları bakımından Mahkeme’nin yargı yetkisine girmiyorsa, Sözleşmeye taraf bir Devlet ulusal bir soruşturmadaki kusurlardan dolayı 2. madde uyarınca nasıl sorumlu tutulabilir?

15. Ayrıca, çoğunluğun yaklaşımını, “Devletin 2. madde kapsamındaki yaşamı koruma yükümlülüğüne uyup uymadığını” belirlemek için yeterince geniş

bir soruşturma yürütmeye ilişkin usuli gereklilikle bağdaştırmak zordur (bk. kararda 205. paragraf). Sözleşme kapsamındaki bu ikinci, esasa ilişkin, yükümlülüğün “alan üzerinde etkin kontrol” veya “Devlet görevlileri otoritesi ve kontrolü” anlamında herhangi bir “yargı yetkisinin” yokluğunda ortaya çıktığına hangi temelde varılmaktadır? (Olayın kendisine dayanan yargı yetkisi bağlantısı ile ilgili olarak, aşağıdaki III. bölüme bakınız.)

16. Dolayısıyla, somut kararda ortaya konulduğu gibi, 2. madde kapsamındaki usuli yükümlülüğün, can kaybına neden olan temel eylem veya ihmal açısından potansiyel sınırlarının (eğer varsa) ne olduğu da bizim için açık değildir. Eğer can kaybına neden olan eylem veya ihmal ile ilgili olarak yargı yetkisi veya isnat gerekli değilse, herhangi bir “özel bir duruma” tabi olarak, usuli yükümlülük, ilişkili milislerin (kabul edilmiş veya iddia edilmiş olsun) veya Amerika Birleşik Devletleri gibi Sözleşmeye taraf olmayan müttefiklerin eylemlerinin neden olduğu can kaybıyla ilgili olarak ortaya çıkabilir mi (bu arada, somut davadaki asıl bombaların iki Amerika Birleşik Devletleri Hava Kuvvetleri uçağı tarafından atıldığını not ederek).

17. Bizim için bir başka endişe konusu ise çoğunluğun Almanya’nın tüm soruşturma üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu yönündeki bulgusunun, bu tür davalarda (ve nasıl) yargı yetkisini kaçınılmaz olarak daha da genişlettiğidir. Ne de olsa, söz konusu karardaki çoğunluk, Sözleşme’nin kapsamını “Afganistan’daki Alman askeri personelinin soruşturma eylemlerini ve ihmallerini” kapsayacak şekilde genişleterek (bk. kararda 144. paragraf), Güzelyurtlu davasındaki ilkelerini coğrafi olarak Sözleşme’nin yasal alanının dışında kalan alanlara da genişletmişlerdir. Bu sonuca, (yukarıda anılan) *Jaloud* davasında yapılan atıftan anladığımız kadarıyla, Almanya’nın soruşturma yetkilileri üzerinde “Devlet görevlileri kontrolüne” sahip olması temelinde ulaşılmıştır. Ancak çoğunluğun vardığı bu sonuç, bize 136. paragrafta açıkça atıfta bulunulan *Güzelyurtlu* veya *Markovic ve Diğerleri/İtalya* ([BD], no. 1398/03, AİHM 2006-XIV) davaları tarafından destekleniyor gibi görünmemektedir. Ne de olsa *Markovic ve Diğerleri* davası başvuranların İtalyan mahkemeleri (yani, İtalya’nın bölgesel yargı yetkisi içindeki mahkemeler) nezdinde mahkemeye erişimin reddedildiğinden şikâyet ettikleri salt 6. maddeye ilişkin bir davaydı. Mahkeme *Markovic* davasında, “[eğer]

yerel mahkemelerde hukuk davası açılırsa, Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca Devletin, bu yargılamalarda 6. madde tarafından korunan haklara saygı gösterilmesini sağlaması gerektiğine" (ilgili kararda., § 54) ve sadece bu hakların korunması gerektiğine karar vermiştir. Ayrıca, *Markovic* davası *Rantsev* davasından önce gerçekleşmiş ve bu davada hiçbir şekilde Sözleşme'nin yasal alanı dışında meydana gelen olaylar bağlamında geçerli olan herhangi bir "belirli özelliğe" atıfta bulunulmamıştır.

18. Kısacası, Mahkemenin Sözleşme haklarını zaten "bölmüş ve düzenlemiş" olduğu doğru olsa da (bk., örneğin, yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri*, § 137 ve *Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya* [BD], no. 27765/09, § 74, AİHM 2012), somut davada çoğunluğun "yargı yetkisini" düzenleme yaklaşımı, bu yaklaşımı kabul edebileceğimizin sınırlarının ötesine taşımaktadır.

(B) Çoğunluk tarafından uygulanmış olan üç "belirli özellik"

19. İlke olarak, "belirli özelliklerin", Sözleşme'nin yasal alanı dışında kalan sınır dışı eylemlerle ilgili olarak 2. madde kapsamındaki usuli yükümlülüğü devreye sokmak için bir yargı yetkisi bağlantısı kurabileceğini kabul etmek bile, somut davada çoğunluk tarafından tanımlanan ve uygulanan üç "belirli özelliği", 1. madde kapsamındaki "yetki alanının" daha da genişletilmesini haklı çıkaracak kadar "belirli" yapan şeyin ne olduğunu ayırt edememekteyiz. Bu sebeple, çoğunluk tarafından varılan sonuca ve argümantasyona katılmamız mümkün değildir. Zira hukuki kesinlik, diğerlerinin yanı sıra, Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerle taahhüt edilmesinin, Sözleşmecilerle Taraflar ile onlar adına veya onların yönlendirmesi ve kontrolü altında hareket edenler için makul olarak öngörülebilir olmasını gerektirmektedir.

20. İddia edilen ilk sözde "belirli özellik", Almanya'nın uluslararası hukuk uyarınca hava saldırısını soruşturma yükümlülüğünden oluşmaktadır. Bu yükümlülük büyük ölçüde, Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından yapılan *Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuk Çalışmasının* 158. maddesinde yansıtıldığı gibi, uluslararası teamül hukukuna dayanmaktadır (bk. kararda 80-84 paragraflar). Ekte yer alan materyalde de belirttiği gibi, bu yükümlülük (a) büyük ölçüde, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünden ("Roma Statüsü"; bk. kararda 94-95 paragraflar) kaynaklanan yükümlülükler ve Devlet uygulamasından türetilmiştir

ve bunları yansıtmaktadır ve (b) “vatandaşları veya silahlı kuvvetleri tarafından veya kendi topraklarında işlendiği iddia edilen savaş suçlarını soruşturmak ve uygunsa şüphelileri kovuşturmak” göreviyle sınırlı olmayıp, aynı zamanda “yargı yetkisine sahip oldukları diğer savaş suçlarını soruşturma ve uygunsa şüphelileri kovuşturma” görevini de içermektedir. (a) ile ilişkin olarak (üçüncü “belirli özellikle” de ilgili olabilir), Roma Statüsünden kaynaklanan yasal yükümlülükler, Sözleşmeye Taraf Devletlerin büyük çoğunluğu için elbette ortaktır ve bu nedenle, bu özelliği “belirli” yapan şeyin ne olduğu açık değildir. Devletin kendi silahlı kuvvetleri tarafından işlenenlerin ötesindeki savaş suçlarını soruşturmaya yönelik (b) görevi ve bunun (i) tüm “vatandaşları” ve (ii) Devletin yargı yetkisine sahip olduğu diğer tüm savaş suçlarını kapsayacak şekilde genişletilmesi ile ilgili olarak, bu açıkça, diğerlerinin yanı sıra Roma Statüsü tarafından öngörülen (cezasızlığı önlemek için) savaş suçlarıyla ilgili evrensel yargı yetkisinin yaratılmasını tekrarlayabilir (ve muhtemelen bundan uzaklaşabilir) Bu, kararın 137. paragrafındaki “suçun ağırlığına” yapılan açık vurgu ile daha da öne çıkarılan bir faktördür.

21. Bir Devletin BM çerçevesinde ceza soruşturması yürütme yükümlülüğünü kabul etmesi Mahkemenin Sözleşme’yi uygulaması için bir yargı yetkisi bağlantısı oluşturuyorsa, uluslararası insani hukuk kapsamındaki herhangi bir yükümlülük de aynı etkiye sahip olabilir. Eğer yargı yetkisi bağlantısı oluşturmuyorsa, yasal gerekçe nedir ve bir yükümlülüğü diğerinden ayıran kriterler nelerdir? Potansiyel olarak devreye girebilecek uluslararası yükümlülüklerin listesi çok geniş olduğundan, “yargı yetkisinin” savunulabilir bir kavram olarak korunmasının imkânsız hale geleceğinden veya en azından kavramın belirsiz hukuki mülahazalara bağlı olarak gelişigüzel bir şekilde uygulanmasına yol açacağından endişe duyuyoruz.

22. Çoğunluğun dayandığı ikinci “belirli özellik”, ISAF Kuvvetler Statüsü Anlaşmasındaki münhasır yargı yetkisi hükmünün bir sonucu olarak, Afgan yetkililerinin yasal nedenlerle ceza soruşturması başlatmalarının engellenmiş olmasıdır. Bu kural tarafından sağlanan dokunulmazlık da elbette “olağanüstü” olmayıp, kararın 138. paragrafında kabul edildiği gibi, (diğer kuvvetler statüsü anlaşmalarının yanı sıra) “Birleşmiş Milletler tarafından yetki verilen askeri

görevlerde asker temin eden Devletler için genel bir uygulamadır”. Her halükarda ve kesinlikle silahlı çatışma sırasında meydana gelen eylemler ve ihmaller bağlamında, can kaybına (veya 3. maddeye aykırı muameleye) yol açan eylemlerin veya ihmallerin faillerine karşı etkili bir ceza soruşturması yürütülmesini engelleyen, özellikle de ulusların egemen eşitliğinden kaynaklanan bir dizi başka potansiyel “hukuki neden” olabilir ve bu da soruşturma yürütme kabiliyetini şüphelinin eylemin veya ihmalin gerçekleştiği Devletin “yargı yetkisine” geri döndüğü durumlarla sınırlayabilir. Ayrıca, asker temin eden Avrupa Konseyi üye Devletlerinin – çünkü biz sadece onlarla ilgilendiğimiz için – kendi yerel cezai yargı yetkilerini kullanmazlarsa, “cezasızlık durumlarının” nasıl olabileceği bizim için net değildir. Zira burada iddia edilen ağır suçlar için, “yurtta” herhangi bir kovuşturma yapılmayacaksa, davalı Devlet, Sözleşmeye Taraf Devletlerin büyük çoğunluğu gibi, nihai olarak ISAF ve Geçici İdare arasındaki etkin bir ikili anlaşma ile “devreden çıkarılmasının” zor olduğu Uluslararası Ceza Mahkemesinin (“UCM”) yargı yetkisine tabidir.

23. Üçüncü “belirli özellik” Alman savcılık makamlarının ceza soruşturması başlatma hususunda iç hukukta bir yükümlülük altında oldukları gerçeğinden oluşmaktadır. Kararda açıkça kabul edildiği gibi (bk. 140. paragraf), bu sebep Almanya’nın Roma Statüsünü onaylamasının doğrudan bir sonucudur. Bu itibarla, yine bu durumun Sözleşmeye Taraf Devletlerin hepsi olmasa da büyük çoğunluğu arasında bir şekilde ortak bir özellik olması muhtemeldir. Devletlerin ceza yargılaması başlatmak için böyle bir iç hukuk yükümlülüğünü kabul etmedikleriyle (veya henüz kabul etmedikleri) ilgili olarak, bu, Sözleşme’nin 2. maddesi kapsamındaki usuli yükümlülüğünün tetiklenmesi açısından yargı yetkisi bağlantısını kurmak için gerekli olan “belirli özelliklerle” bağdaşmasındaki son “eksik bağlantı” ise, bunu yapmaktan vazgeçebilirler. Eğer böyle bir sonuç doğuracaksa, bu aynı zamanda Taraf Devletlerin UCM ile olan ilişkilerini (daha da) zayıflatma riskini de beraberinde getirecektir ki, bizce bu son derece istenmeyen bir sonuçtur.

24. Her halükarda, bize göre, 2. maddenin usule ilişkin kısmını devreye sokmak için gerekli olduğu söylenen bu üç “belirli özelliğin” “bağdaşması” (bk. kararda 142. paragraf), Sözleşme’ye Taraf olan Devletlerin (büyük) çoğunluğu

arasında, başka türlü var olmayacak bir yerde “yargı yetkisi” yaratmayı haklı çıkaracak şekilde “belirli” olmayacak kadar yaygındır veya en azından, Mahkeme’nin sınır ötesi yargı yetkisinin daha da genişletilmesini garanti etmek için bu özellikleri tek başına veya bir arada “belirli” yapan şeyin ne olduğunu açıklamamıştır (ve bizim için de açık değildir).

III. Yurtdışındaki askeri eylemlere dayalı yargı yetkisi

25. Somut dava bağlamında, ne başvuranın oğullarının ölümlerine ilişkin yerel ceza soruşturması başlatma gerçeğinin ne de “belirli nitelikler” yaklaşımının uygulanmasının Sözleşmenin 2. maddesi kapsamındaki usuli yükümlülüğe ilişkin olarak bir yargı yetkisi bağlantısı kurmaya yeterli olmadığını düşündüğümüzden, böyle bir yargı yetkisi bağlantısının Afganistan’daki askeri operasyonlar tarafından oluşturulup oluşturulamayacağını değerlendirmemiz gerekmektedir.

26. Mahkemenin, özellikle “Devlet görevlisi otoritesinin ve kontrolünün” ve “bir alan üzerinde etkili kontrolün” “istisnai koşullarına” atıfta bulunmak suretiyle, Sözleşmeye Taraf olan Devletlerin (Sözleşmenin 1. maddesi anlamında) toprakları dışında yargı yetkisinin uygulanmasına ilişkin uyguladığı ilkeler, yukarıda anılan *Al-Skeini* (§§ 130-139), *Jaloud* (§ 139) ve *Georgia/Rusya (II)* ([BD], no. 38263/08, § 81, 21 Ocak 2021) davalarında özetlenmiştir.

27. Çoğunluğun bu hususa ilişkin bir değerlendirme yapmaması sebebiyle, kendimizi Mahkemenin içtihadına ve ilgili ilkelere sıkı bir şekilde bağlı kalmakla sınırlayacağız. Bu ilkeleri somut davaya uygulayarak, Afganistan’daki askeri operasyonların da 2. madde kapsamındaki usuli yükümlülüğü tetikleyebilecek bir yargı bağı oluşturmadığı sonucuna varmaktayız.

28. Öncelikle, mekânsal kontrol kavramına ilişkin olarak (yani, “bir alan üzerinde etkili kontrol”), Almanya’nın Kunduz bölgesi ve hava saldırısının gerçekleştiği alan üzerinde etkili bir kontrolü olmadığı bize aşikâr görünmektedir. Zira deliller, 2009’un Eylül ayında, alandaki durumun aktif çatışmalardan ibaret olduğunu ve bölgedeki isyancıların sayısının neredeyse ISAF askerlerinin sayısı kadar yüksek olduğunu ve ISAF askerleri ne zaman isyancılarla çatışmaya girişse ciddi kayıplara maruz kaldığını gösteriyordu.

29. İkinci olarak, görevli kontrolü, yani Devlet görevlisi otoritesi ve kontrolü kavramına ilişkin olarak, ne ISAF görevinin ne de Alman askerlerinin

Kunduz bölgesinde veya daha genel olarak Afganistan’da kamu yetkilerini kullanmadığını gözlemlemekteyiz. ISAF’ın görevi, özellikle Afgan güvenlik kuvvetlerinin oluşturulmasında Afgan sivil hükümetine destek vermeye odaklıydı. Afgan güvenlik kuvvetleri özellikle Kunduz bölgesinde bulunmaktaydı ve karşılığında Alman birliklerine koruma sağlamışlardır (örneğin, hava saldırısından sonra savaş hasarı değerlendirmesini üstlenen Alman keşif birimine koruma sağlamaları).

30. Ayrıca Almanya, Mahkemenin içtihadı bağlamında başvuranın oğulları üzerinde herhangi bir kontrol uygulamamıştır. Sözleşme’nin 1. maddesi bir “sebeup ve sonuç” kavramını kabul etmediğinden, anlık bir eylem olarak bir sınır dışında gerçekleşen hava saldırısının, bundan etkilenen kişiler ile davalı Devlet arasında bir yargı bağı kuramayacağı *Banković ve Diğerleri/Belçika* ((k.k.) [BD], no. 52207/99, § 75, AIHM 2001-XII) davasında açık bir şekilde belirtilmiş ve en son *Georgia/Rusya (II)* (yukarıda anılan, § 124) davasında doğrulanmıştır. Somut davadaki hava saldırısı aynı şekilde aktif bir çatışma bölgesinde silahlı çatışmalara karşı alınan bir önlemdi ve kişiler üzerinde otorite ve kontrol sağlamak amacıyla güç kullanımı teşkil etmemekteydi (kıyaslayıp karşılaştırmız yukarıda anılan *Jaloud*, § 152).

31. Başvuranın oğullarının ölümünün Almanya’nın “yetki alanı” dâhilinde olmadığına tespit edilmesinin ardından, hava saldırısının Almanya’ya atfedilebilir olup olmadığı ve dolayısıyla Mahkeme’nin kişi bakımından yetkisine girip girmediğini değerlendirmemize gerek yoktur.

IV. Sonuç

32. Yukarıda bahsi geçen mülahazalardan ötürü, somut davanın koşullarında, yerel soruşturma ve tanımlanan “belirli özellikler” temelinde ya da bizzat Afganistan’daki hava saldırısı temelinde 2. madde kapsamındaki soruşturmaya ilişkin usuli yükümlülükle ilgili olarak 1. maddenin amaçları doğrultusunda hiçbir yargı yetkisi bağlantısının kurulmadığı sonucuna varmaktayız. Bu nedenle, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi aleyhine oy kullandık.

33. Ancak esasa ilişkin olarak, kararda belirtilen ilgili genel ilkeleri ve bunların somut davaya uygulanma şeklini kabul etmekteyiz.

34. HANAN - ALMANYA KARARI – AYRIK GÖRÜŞ