

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YAŞAMA HAKKINA İLİŞKİN FINOGENOV VE DİĞERLERİ / RUSYA KARARI ÖZET ÇEVİRİSİ*

Çeviren: Oktay BAHADIR**

1. DAVA KONUSU OLAY

Bu dava, 23 Ekim 2002 tarihinde Moskova'daki Dubrovka tiyatrosunun 40'tan fazla Çeçen tarafından kuşatılması ve düzenlenen operasyonda rehinelere kurtarmak için gaz kullanılması ile ilgilidir. Üç gün boyunca 900'den fazla insan tiyatroya silah zoruyla tutulmuştur. Çeçenler, Rus birliklerinin Çeçen topraklarından çekilmesinin talep etmişlerdir. 26 Ekim'de saat 5-5.30 sıralarında Rus güvenlik güçleri tarafından havalandırma sisteminden tiyatroya uyuşturucu gaz verilmiştir. Daha sonra özel bir ekip binaya girmiştir. Bütün Çeçenler öldürülmüş, bunun yanı sıra 125 rehine de ya olay yerinde ya da hastanelerde hayatını kaybetmiştir.

2. TARAFLARIN İDDİALARI

Başvuranlar, gaz kullanılmasının yarardan çok zarar getirdiğinden, güvenlik güçlerince kullanılan gücün orantısız olduğundan şikâyet etmişlerdir. Ayrıca, kurtarma operasyonunun yetersiz planlandığı ve uygulandığından, rehinelere tıbbi yardım sağlanmadığından da şikâyetçi olmuşlardır. Son olarak, adli soruşturmanın kuşatmaya odaklandığını ve yetkililerin kurtarma operasyonundaki ihmallerini etkin bir şekilde ortaya koymada başarısız olduğunu iddia etmişlerdir.

Hükümet, müzakerelerin olumsuz sonuçlandığını ve binaya girme kararının Rusya'nın uluslararası yükümlülüklerinin yanı sıra iç hukukuna da uygun olduğunu öne sürmüştür. Hükümete göre, rehinelere hızlı ve iyi bir organizasyonla tahliye edilmiştir. Hastaneler onları kabul etmek için

* Bu karar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi internet sitesi olan www.echr.coe.int adresinden HUDOC arama motoru kullanılmak suretiyle elde edilmiştir. Başvuru No: 18299/03 ve 27311/03'tür. Bu karar, 20 Aralık 2011 tarihinde verilmiştir. Mahkeme İçtüzüğü'nün 81. Maddesi kapsamında, 6 Mart 2012 tarihinde, yazım hataları, hesap hataları ve açık yanlışlıklar düzeltilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 44/2. Maddesi gereğince 3 ay sonra, 6 Haziran 2012 tarihinde, kesinleşmiştir. Karar İngilizce olarak yayınlanmıştır ve aslı 81 sayfadır. Not: Dipnotlardaki açıklamalar çevirmen tarafından eklenmiştir.

** Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı Tetkik Hâkimi

hazırlanmış ve donanımlı hale getirilmiştir. Davanın şartları dikkate alındığında kurtarma operasyonu, genel olarak, olabilecek en iyi şekilde gerçekleştirilmiştir.

3. MAHKEMENİN DEĞERLENDİRMESİ

3.1. Davanın Sözleşme'nin 2. Maddesi¹ Kapsamında Olup Olmadığı Hakkında:

Yetkililer, her fırsatta kullanılan gazın zararsız olduğunu ve ölenler üzerinde yapılan resmi tıbbi incelemelere göre rehinelerin ölmeleri ile gaz kullanılması arasında doğrudan bir sebep-sonuç ilişkisi (direct causal link) bulunmadığını beyan etmişlerdir. Kullanılan gazın tam formülü Mahkeme'ye verilmemiştir. Bazı mağdurların gerçekten önceden mevcut sağlık problemlerinden dolayı öldüğü kabul edilebilir. Ancak, farklı yaşlarda ve fiziksel durumdaki 125 kişinin neredeyse aynı zamanda ve aynı yerde çeşitli hastalıklardan, hareketsizlikten, stresten ve havasızlıktan öldükleri sonucuna varmak hayatın olağan akışına (common sense) aykırıdır. Kullanılan gaz, “öldürücü güç” olmasa bile, oldukça tehlikelidir ve hatta zayıf durumdaki kişiler açısından potansiyel olarak öldürücüdür.²

3.2. Genel Prensipler

Yaşama hakkını koruyan ve yaşamdan yoksun bırakmaların haklı/meşru (justified) görülebileceği durumları düzenleyen 2. Madde, Sözleşme'nin en temel maddelerinden biri olarak kabul edilmektedir ve bu madde kapsamında söz konusu olan yükümlülüklerin azaltılmasına (derogation) izin verilmemektedir. Sözleşme'nin 3. Maddesiyle birlikte Avrupa Konseyi'nin oluşturan demokratik toplumların en temel değerlerinden

1 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi aynen şu şekildedir:

Yaşama hakkı

1. Herkesin yaşama hakkı yasayla (hukukla) 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.

2 Bu davada, Rus Devleti, kullanılan gazın öldürücü nitelikte olmadığını öne sürmüştü ve bu nedenle Sözleşme'nin yaşama hakkına ilişkin 2. Maddesinin bu olayda uygulanamayacağını savunmuştur. Mahkeme, yukarıda belirtilen gerekçelerle bu itirazı reddetmiştir.

biri olarak kutsallaştırılmıştır. Bu nedenle, yaşamdan yoksun bırakmanın haklı görüldüğü durumlar katı bir şekilde (strictly) yorumlanmalıdır (bakınız Salman-Türkiye [BD],³ no. 21986/93,⁴ § 97,⁵ ECHR 2000-VII).

2. Maddenin metni bizzat göstermektedir ki, kanunu uygulamakla görevli kişiler (kolluk) tarafından ölümcül güç kullanılması belirli durumlarda haklı görülebilir. Bununla birlikte, 2. Madde onlara sınırsız bir yetki tanımamaktadır. Devlet görevlilerinin keyfi ve kontrolsüz (unregulated) eylemleri insan haklarına etkin saygıyla bağdaşmamaktadır. Bunun anlamı, ulusal hukukta zor kullanmaya izin verilmiş olsa da, keyfiliğe ve gücün kötüye kullanılmasına [bakınız, mutatis mutandis,⁶ Hilda Hafsteinsdóttir-İzlanda, no. 40905/98, § 56, 8 Haziran 2004; ayrıca bakınız İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorumlar, no. 6, 6. Madde, 16. Dönem (1982), § 3] ve hatta önlenabilir kazalara karşı yeterli ve etkin önlemler sağlayan bir sistem çerçevesinde polis operasyonları ulusal hukuk tarafından yeterince düzenlenmelidir.

Bir “polis operasyonu” sırasında yetkililer tarafından ölümcül güç kullanıldığında devletin Sözleşme kapsamındaki negatif yükümlülüklerini pozitif yükümlülüklerinden ayırmak zordur. Böyle davalarda Mahkeme, genellikle polis operasyonunun yetkililer tarafından, mümkün olduğunca, ölümcül güce başvurmayı ve can kayıplarını minimize edecek şekilde planlanıp planlanmadığını ve kontrol edilip edilmediğini ve bir güvenlik operasyonunun yöntemlerin ve araçların seçiminde tüm olası tedbirlerin alınıp alınmadığını inceleyecektir (bakınız Ergi-Türkiye, 28 Temmuz 1998, Raporlar 1998-IV, § 79; ayrıca bakınız McCann ve Diğerleri-Birleşik Krallık, 27 Eylül 1995, A Serisi no. 324, §§ 146-50, § 194; Andronicou ve Constantinou-Kıbrıs, 9 Ekim 1997, Raporlar 1997-VI, § 171, §§ 181, 186, 192 ve 193 ve Hugh Jordan-Birleşik Krallık, no. 24746/95, §§ 102-04, ECHR 2001-III).

Sözleşme'nin 2. Maddesi kapsamında yetkililerin pozitif yükümlülükleri mutlak/koşulsuz (unqualified) değildir: Yaşama yönelik varsayılan her tehdit, yetkilileri riski önlemek için özel önlemler almaya zorlamaz. Özel önlemler alma yönünde bir görev, sadece yetkililerin yaşama yönelik

3 Büyük Daire

4 Başvuru numarası

5 Paragraf numarası

6 Latince olan bu kelime, “kıyasen, gerekli değişikliklerin yapılması şartıyla, duruma göre üzerinde gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra aynen” gibi anlamlara gelmektedir (bakınız tureng.com ve zargan.com).

gerçek ve yakın bir riskin bulunduğunu bildikleri ya da bilmeleri gerektiği ve yetkililerin durum üzerinde belirli derecede hâkimiyetlerinin bulunduğu hallerde ortaya çıkar (bakınız, mutatis mutandis, Osman-Birleşik Krallık, 28 Ekim 1998, § 116, Raporlar 1998-VIII; ayrıca bakınız mevcut davanın 18 Mart 2010 tarihli kabuledilebilirlik kararı). Mahkeme, savunma yapan devletten davanın koşullarında sadece “olası/mümkün” böyle önlemleri almasını isteyecektir (bakınız yukarıda değinilen Ergi). Söz konusu pozitif yükümlülük, modern toplumların güvenliğini sağlamadaki zorlukları, insan davranışlarının öngörülemezliğini ve belirli bir faaliyete ilişkin tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılması gerektiğini akılda tutarak, yetkililere imkânsız veya aşırı bir sorumluluk yüklemeyecek şekilde yorumlanmalıdır (bakınız Makaratzis-Yunanistan [BD], no. 50385/99, ECHR 2004-XI, § 69, daha ileri referansla; ayrıca bakınız yukarıda değinilen Osman ve Maiorano ve Diğerleri-İtalya, no. 28634/06, § 105, 15 Aralık 2009).

3.3. Uygulanan İncelemenin Standardı

62

Kural olarak her ölümcül zor kullanma Sözleşme'nin 2. Maddesinin 2. Paragrafının (a), (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen amaçlarından en az birinin elde edilmesi için “kesinlikle gerekli” olandan daha fazla olmamalıdır. Bu ifade göstermektedir ki, Devletin eyleminin Sözleşme'nin 8 ila 11. Maddelerinin 2. Paragrafları kapsamındaki “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı konusunda karar verilirken genellikle uygulananandan daha katı ve daha zorlayıcı bir gereklilik testi kullanılmalıdır. Sonuç olarak, kullanılan güç izin verilen amaçların elde edilmesi için katı bir şekilde orantılı olmalıdır (bakınız yukarıda değinilen McCann ve Diğerleri, §§ 148-49; ayrıca bakınız Gül-Türkiye, no. 22676/93, §§ 77 ve 78, 14 Aralık 2000).

Mahkeme devletlerin kendi halklarını terörist saldırılardan korurken karşılaştıkları zorlukların gayet farkındadır ve bu problemin karmaşıklığını bilmektedir (bakınız Ramirez Sanchez-Fransa [BD], no. 59450/00, § 115, ECHR 2006-...). Daha çok Rusya özelinde, Kuzey Kafkaslardaki çeşitli ayrılıkçı hareketlerden kaynaklanan terörizm onbeş yıldan fazla bir süredir Rusya'nın milli güvenliğine ve kamu huzuruna yönelik önemli bir tehdit oluşturmaktadır ve terörizmle mücadele Rus yetkililerin yasal (meşru) bir meşguliyetidir.

Rehin alma, maalesef, son yıllarda yaygın bir olay olmasına rağmen, 23-26 Ekim 2002 tarihleri arasındaki kriz daha önce yaşananların hepsini

geride bıraktı ve bu olayı gerçekten istisnai bir durum haline getirdi. Yüzlerce rehinenin hayatı tehlikedeydi. Teröristler ağır silahlıydı, iyi eğitimliydi ve kendilerini amaçlarına adanmışlardı. Saldırının askeri yönü dikkate alındığında hiçbir özel ön tedbir alınamazdı. Rehin alınması yetkililer açısından beklenmedik bir şekilde gerçekleşti (bakınız, tersi, Isayeva-Rusya Davası, no. 57950/00, §§ 180, 24 Şubat 2005). Dolayısıyla taarruz için yapılan askeri hazırlıklar çok hızlıca ve tam bir gizlilik içerisinde yapılmak zorundaydı. Binanın içerisindeki durumun yetkililerin kontrolünde olmadığı dikkate alınmalıdır. Böyle bir durumda Mahkeme, yetkililer tarafından zor ve endişe verici kararlar alınmak zorunda olduğunu kabul etmektedir. Şimdi, geriye bakıldığında, yetkililer tarafından alınan bazı kararlar şüpheye açık görünse bile ilgilenilen durumun en azından askeri ve teknik yönleri açısından onlara takdir marjı tanımaya hazırdır.

Buna karşın, operasyonun sonraki aşamasının Mahkeme tarafından daha sıkı bir incelemeye tabi tutulması gerekmektedir. Bu, ciddi bir zaman baskısının bulunmadığı ve durumun kontrolünün yetkililerde olduğu böyle aşamalar açısından özellikle geçerlidir.

Böyle bir analiz yöntemi yeni değildir. Bu yöntem örneğin yukarıda değinilen Isayeva davasında,⁷ § 180, uygulanmıştır. Bu davada Mahkeme, “O zamanki Çeçenistan’da yaşanan çatışma (conflict) şartlarında, [ayaklanma karşıtı] önlemlerin askeri hava ve topçu birlikleri de dâhil ağır silahlarla donatılmış askeri birliklerin savaş düzeni almalarını da muhtemelen içerebileceğine” karar vermiştir. Bu tespit, Mahkeme’nin, askeriye tarafından ayırım gözetmeksizin ağır silahların kullanıldığı, Çeçen isyancıların köye girmelerini önleyemedikleri, “insani yardım koridorunun” güvenliğini sağlayamadıkları vb. nedenlerle Sözleşme’nin ihlal edildiğine karar vermesine engel olmamıştır. Ancak, böyle çatışmalarda ordunun kullanılmasının haklı olduğunu kabul ederek Mahkeme, yetkisinde olmayan stratejik siyasal tercihler (Çeçenistan’da askeri güç kullanılması) ile denetleyebileceği durumun diğer bir yönü arasına net bir çizgi çekmiştir.

7 Bu davada, büyük bir isyancı grup başvuranın 20.000 civarında nüfusa sahip köyüne girmiştir. Buna karşılık olarak Rus silahlı güçleri, füze saldırısı ve yüksek patlama gücüne sahip hava bombaları kullanarak köye havadan ağır silahlarla saldırmışlardır. Rus askeri uçağından düşen bir bomba, köyden kaçmaya çalıştıkları sırada, başvuranın ailesinin bulunduğu minivanın yakınında patlamıştır. Olayda başvuran yaralanmış, bir oğlu ve üç yeğeni ise ölmüştür.

Mahkeme, mevcut davanın Isayeva ile benzer olduğunu iddia etmemektedir; tam tersine iki dava arasında büyük farklılıklar vardır. Bunun için, mevcut davada rehin alma olayı yetkililer açısından beklenmedik bir şekilde gerçekleşti, rehinelere kendileri Isayeva'da sivillerin olduğundan daha nazik (vulnerable) bir durumdaydılar ve yetkililer tarafından seçilen araçlar (gaz), Isayeva'dan (bomba) daha az tehlikeliydi. Mahkeme'nin yapmak istediği şey, Isayeva'da uygulanan aynı metodolojik yaklaşımı benimsemek ve denetim altındaki olayın farklı yönlerini farklı oranda incelemeye tabi tutmaktır.

3.4. Zor Kullanılması

3.4.1. Tiyatroya Girilmesi ve Gaz Kullanılması

Mahkeme, zor kullanmanın sadece Sözleşme'nin 2. Maddesinin 2. Fıkrasında listelenen sebeplerden biri söz konusu olduğunda, yani (a) bir kişinin hukuka aykırı şiddetten korunması; (b) hukuku uygun bir yakalamanın gerçekleştirilmesi ya da kaçışın önlenmesi veya (c) bir ayaklanma ya da isyanın bastırılması amacıyla, haklı kabul edilebileceğini tekrarlamaktadır.

64

Sorun, bu amaçlara daha az şiddet içeren başka araçlarla ulaşıp ulaşılamayacağıdır. Başvuranlar, rehine krizinin barışçıl bir şekilde çözülmesinin mümkün olduğunu ve eğer yetkililer müzakereleri sürdürselerdi hiç kimsenin öldürülmemiş olacağını iddia etmişlerdir. Bu şikâyetin çözümünde, Mahkeme olayların yaşandığı zamanda yetkililerin sahip olduğu bilgileri dikkate almalıdır. Mahkeme, kamu görevlileri tarafından güç kullanılmasının esaslı gerekçelerle o sırada gerçek olduğuna ilişkin samimi bir inanca dayanması halinde, daha sonra yanlışlığı ortaya çıksa bile, haklı görülebileceğini tekrarlamaktadır (bakınız yukarıda değinilen McCann ve Diğerleri kararı, § 200).

Mahkeme genel olarak “yakalanacak kişinin yaşama ya da beden bütünlüğüne karşı tehdit sergilemediğinde veya bir şiddet suçu işlediğinden şüphelenilmediğinde” ölümcül güç kullanımına gerek olmadığını tekrar ifade etmektedir (bakınız Nachova ve Diğerleri-Bulgaristan⁸ [BD], no. 43577/98 ve 43579/98, § 95, ECHR 2005-VII).

8 Nachova-Bulgaristan davasında, askerlik görevini yapmakta olan iki roman genç, küçük bir suçlama (izinsiz görevden ayrılma suçu) nedeniyle onları yakalamaları emredilen jandarmalar tarafından vurularak öldürülmüştür. Bu davada Mahkeme, silahsız ve tehlikesiz oldukları bilinen bu kişilerin durmaları, aksi takdirde ateş edileceğinin bildirilmesine rağmen

Mahkeme, mevcut davadaki durumun oldukça farklı olduğunu yinelemektedir: Teröristlerin sergilediği tehdit gerçek ve çok ciddiydi. Yetkililer teröristlerin birçoğunun daha önce Çeçenistan'daki Rus birliklerine karşı silahlı mücadeleye katıldıklarını biliyorlardı. Bu kişiler iyi eğitilmiş, ağır silahlı ve kendilerini amaçlarına adanmışlardı (Mahkeme'nin rehin alan kişinin "azılı bir suçlu ya da terörist" olmadığını vurguladığı Andronicou ve Constantinou-Kıbrıs davasının⁹ aksine, 9 Ekim 1997, § 183, Raporlar 1997-VI). Ana salona kurulmuş olan aletlerin patlaması, belki de bütün rehineleri öldürecek ve teröristler eğer talepleri karşılanmazsa bu aletleri patlatmaya hazır dılar.

Zor kullanmanın bir prensip olarak haklı olduğunu kabul ederek Mahkeme şimdi diğer soruna, yani güvenlik güçleri tarafından kullanılan aracın (gaz) uygun olup olmadığına geçecektir.

Mahkeme, ilk olarak, önceki birçok davada ölümcül güç kullanmayla ilgili mevcut yasal ya da düzenleyici yapının (regulatory framework) denetlendiğini tekrar etmektedir (bakınız yukarıda değinilen McCann ve Diğerleri,¹⁰ § 150 ve Makaratzis,¹¹ §§ 56-59). Aynı yaklaşım, zor kullanma hakkındaki kanunların ve düzenlemelerin yeterince ayrıntılı olması gerektiğini ve izin verilen silahların ve mühimmatın türünü belirtmesi gerektiğini bildiren Birleşmiş Milletler Temel İlkeleri'nde¹² de gösterilmektedir.

yakalanmamak için kaçtıkları sırada basit bir suç sebebiyle vurularak öldürüldükleri gerekçesiyle 2. Madde ihlal edildiğine karar vermiştir.

- 9 Bu davada, Kıbrıs Özel Kuvvetler Polisine apartman dairesinde genç bir adamın nişanlısını silahla rehin aldığı ihbar edilmiştir. Polisler, apartman dairesine rehineyi kurtarmak için girdiklerinde rehineyi ve kendilerini savunmak için ölümcül güç kullanarak her ikisini de öldürmüşlerdir. Mahkeme, olay ve olguları dikkate alarak asıl (fiili) öldürmenin "katı bir şekilde orantılı" olduğuna karar vermiştir (Ayrıca, dörde karşı beş oyla operasyonun planlanması ve idaresinin de "katı bir şekilde orantılı" olduğuna karar vermiştir).
- 10 Bu davada, IRA üyesi üç kişi Cebelitarık'ta SAS askerleri tarafından sokakta vurularak öldürülmüştür. Bu kişilerin kamuya ait bir yerde park halindeki bir araç içine yerleştirdikleri uzaktan kumandalı tahrip gücü yüksek bombayı patlatarak çok sayıda kişinin ölümüne neden olacaklarından şüphelenilmiştir. Ancak ne şüphelilerin üzerinde ne de araçta böyle bir düzenek bulunmamaktaydı. Aslında, araç bir park alanına daha sonra gerçekleştirilecek bir bombalama eylemi için bırakılmıştı ve şüpheliler Cebelitarık'ta keşif yapıyorlardı.
- 11 Bu davada Atina'nın merkezinde kırmızı ışıkta durmadan geçen başvuran, birkaç polis arabası ve motosikleti tarafından takip edilmiştir. Başvuranın aracı durdur(a)maması üzerine polis aracına ateş etmiş, onu sağ kolundan, sağ ayağından, sol kalça ve göğsünden vurmuştur.
- 12 Birleşmiş Milletler Kolluk Görevlileri (Law Enforcement Officials) Tarafından Zor ve Silah Kullanmasına Dair Temel İlkeleri (BM İlkeleri), Birleşmiş Milletler'in 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihinde arasındaki Havana'da (Küba) toplanan 8. Kongresinde kabul edilmiştir.

Mevcut davada, “bir kişiyi hukuka aykırı şiddetten koruma” temelinde haklı görülebilecek tiyatroya girilirken zor kullanılması sorunundan daha önemlisi, rehine krizinin çözülmesi için daha az şiddet içeren araçların kullanılmasının mümkün olup olmadığıdır.

Olayın zorluğu ve karışıklığı, teröristlerin silahlı ve tehlikeli olmaları, her an birçok insanı kaybetme riski bulunması gibi koşullar yetkililerin zor kullanmanın kötünün iyisi (the lesser evil) olduğuna inanmalarına neden olmuştur.

Tehlikeli ve hatta potansiyel olarak öldürücü nitelikte gaz kullanılması, rehinenin ve rehinenin kurtarmaya çalışanların hayatlarını tehlikeye atmasına rağmen, rehinenin hayatta kalmaları için büyük bir fırsat sunmuştur. Gerçekten, gaz kullanılması rehinenin kurtarılmasını kolaylaştırmış ve patlama olasılığını azaltmıştır.

Bu nedenle Mahkeme, olayın koşulları içinde, yetkililerin müzakereleri sonlandırma ve rehine krizini tiyatroya girerek ve gaz kullanarak çözme kararlarının yerinde olduğu ve 2. Maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

66

3.4.2. Kurtarma ve Tahliye Operasyonu

Yukarıdaki sonuç, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 2. Maddesi kapsamında yetkililerin pozitif yükümlülüklerine uygun bir şekilde sonraki kurtarma

Mahkeme'nin birçok kararında (örneğin bakınız Giuliani ve Gaggio-İtalya [BD], no. 23458/02, 24 Mart 2011, § 154) atıfta bulunduğu bu ilkelerin bazıları şunlardır:

“1. Hükümetler ve kanunen yetkili kuruluşlar, kolluğun (kanunları uygulayanların) zor ve silah kullanmalarıyla ilgili yasalar çıkarıp düzenlemeler yaparlar ve bunları yerine getirirler. Hükümetler ve kanunen yetkili kuruluşlar bu tür kurallar koyup düzenlemeler yaparlarken, zor ve silah kullanma ile bağlantılı olan ahlaki sorunları her zaman göz önünde tutarlar.

...

11. Kolluğun silah kullanması konusunda tüzük veya yönetmelikler şu konularda hükümler içerir:

- (a) Kolluğun hangi şartlarda silah taşımaya yetkili oldukları belirtilir ve taşınmasına izin verilen silahlar ile mühimmatın türleri gösterilir.*
- (b) Silahların sadece gerekli durumlarda ve gereksiz zarar riskini asgariye indirecek tarzda kullanılması sağlanır.*
- (c) Haksız bir yaralamaya sebep olacak veya gereksiz bir tehlike oluşturacak şekilde silah ve mühimmat kullanılması yasaklanır.*
- (d) Kolluğun, verilen silahlar ve mühimattan sorumlu olmalarını sağlayan usuller dâhil, silahların kontrolü, depolanması ve zimmet şekli düzenlenir.*
- (e) Gerektiğinde silah kullanılacağı zaman, yapılacak uyarılar yer alır.*
- (f) Kolluğun görevlerini yerine getirirken silah kullanması halinde, bunun daha sonra haber verilmesi için bir sistem öngörür.”* (Bu ilkeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları-20 Seçme Karar kitabından alınmıştır. Çeviren: Hasan Kemal ELBAN, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, T.C. Yargıtay Başkanlığı, Şen Matbaa, Ankara 2011).

operasyonunu planlamış ve uygulamış olup olmadıklarını denetlemesine engel değildir. Şöyle ki, yetkililer gazın rehineler üzerindeki etkisini en aza indirmek, onları hızlıca tahliye etmek ve onlara ihtiyaç duydukları tıbbi yardımı sağlamak için gerekli tüm önlemleri almışlar mıydı? (bakınız yukarıda değinilen McCann ve Diğerleri, §§ 146-50 ve § 194; yukarıda değinilen Andronicou ve Constantinou, §§ 171, 181, 186, 192, 193 ve Hugh Jordan-Birleşik Krallık, no. 24746/95, §§ 102-04, AİHS 2001-III). Davanın bu yönüyle ilgili birçok olay taraflar arasında tartışmalıdır. Mahkeme, bu açıdan olayları tespit kapasitesinin sınırlı olduğunu tekrarlamaktadır. Sonuç olarak ve ikincillik (subsidiarity)¹³ ilkesi doğrultusunda, Mahkeme, mümkün olduğunca, ülke içindeki ehil yetkililerin tespitlerine güvenmeyi tercih etmektedir. Bunu söylemek, Mahkeme'nin denetleme yetkisinden tamamıyla vazgeçtiği anlamına gelmemektedir. Belirli bir davanın koşulları öyle gerektirdiğinde, özellikle bir mağdurun ölümünün Devlet görevlileri tarafından ölümcül güç kullanılmasına bağlanabilir olduğunda, Mahkeme farklı bir delil değerlendirmesi yapabilir [bakınız Golubeva-Rusya, no. 1062/03, § 95, 17 Aralık 2009; ayrıca bakınız, mutatis mutandis, Matko-Slovenya, no. 43393/98, § 100, 2 Kasım 2006 ve Imakayeva-Rusya, no. 7615/02, § 113, AİHS 2006-XIII (özetler)]. Mahkeme, “kişilerin özel olarak kamu görevlilerinin kontrolü altındaki bir yerde... yaralı ya da ölü olarak bulunmaları... ve devletin karışmış olabileceğini gösteren görünüşte/zayıf (da olsa) delilin (prima facie evidence) var olması durumunda söz konusu olaylar tamamıyla yalan olabileceği ya da büyük ölçüde yetkililere özgü bilgi kapsamında bulunabileceği için ispat yükünün de devlete geçebileceğini ayrıca tekrarlamaktadır. Eğer önemli belgeleri olayların belirlenebilmesi için ortaya koymazlarsa ya da tersine, tatmin edici ve ikna edici bir açıklama yaparsa (bundan) güçlü sonuçlar çıkarılabilir” (bakınız Varnava ve Diğerleri-Türkiye [BD], no. 16064/90 v.s., § 184, AİHS 2009-...). Hükümet Mahkeme önündeki yargılama

13 İkincillik (subsidiarity) ilkesi, devletlerin hâkimiyetine saygının bir gereği olarak insan hakları ile ilgili bir sorunu çözmeye yetkisinin öncelikle ilgili devlete ait olması, ancak ilgili devletin bir çözüm bul(a)maması durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetkili olması anlamına gelmektedir. İkincillik ilkesi, temelde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üç farklı maddesinden kaynaklanmaktadır. Sözleşme'nin 1. Maddesi gereğince taraf devletler, “kendi yetki alanları içerisinde bulunan herkesin hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamayı” taahhüt etmektedir. Sözleşme'nin 13. Maddesindeki düzenlemeye göre, ilgili devlet hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünen herkes için etkili bir başvuru hakkı tanımalıdır. Yine bu ilkenin bir yansıması olarak Mahkeme'ye ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvuru yapılabilir (Sözleşme'nin 35/1. Maddesi).

sırasında önemli bir delili ortaya koymazsa, Sözleşme'nin eski 38 § 1 (a) maddesi gereğince bu onlardan istendiği için (şimdi Devletlerin başvurunun tam ve etkin bir şekilde incelenebilmesi için tüm gerekli kolaylıkları sağlaması gerektiğini düzenleyen Sözleşme'nin 38. Maddesi-bakınız Tanrıkulu-Türkiye [BD], no. 23763/94, § 70, AİHS 1999-IV ve Timurtaş-Türkiye, no. 23531/94, §§ 66 ve 70, AİHS 2000-VI) Mahkeme (bundan) olumsuz çıkarımlar yapabilir.

Dahası, Devlet elindeki bütün delilleri açıkladığında bile, bu deliller mağdurun ölümüyle ilgili "tatmin edici ve ikna edici" bir açıklama sunmak açısından hala yetersiz olabilir. Daha genel olarak, iç hukukta yürütülen bir soruşturmanın sonucunda elde edilen delillere ve iç hukuktaki yargılama kapsamında tespit edilen olaylara Mahkeme'nin güvenmesi büyük ölçüde iç hukuktaki soruşturma sürecinin nitelikli, kapsamlı (thorough), tutarlı vb. olmasına bağlıdır (bakınız yukarıda değinilen Golubeva, § 96 ve Maslova ve Nalbandov-Rusya, no. 839/02, §§ 101 vd. AİHS 2008-... (özetler); ayrıca bakınız Betayev ve Betayeva-Rusya, no. 37315/03, § 74, 29 Mayıs 2008; Isayeva ve Diğerleri-Rusya, no. 57947/00, 57948/00 ve 57949/00, §§ 179 vd., 24 Şubat 2005).

68

Mahkeme, yetkililerin etkin bir soruşturma yapmamasının her zaman için olumsuz sonuç çıkartılacak bir durum olmadığını vurgulamaktadır – örneğin bakınız, Khashiyev ve Akayeva-Rusya davaları, no. 57942/00 ve 57945/00, 24 Şubat 2005; Luluyev ve Diğerleri-Rusya, no. 69480/01, AİHS 2006-... (özetler) ve Zubayrayev-Rusya davası, no. 67797/01, § 83, 10 Ocak 2008.

Mahkeme, mevcut davada, kurtarma operasyonunun ani ve plansız gelişmediğini vurgulamıştır. Çok sayıda kişinin tıbbi yardıma ihtiyaç duyması sürpriz değildi ve önceden bazı genel hazırlıklar yapılmış olmalıydı.

Buna rağmen, yetkililerin yeterince hazırlık yapmadıkları açıktır. Hükümet, tahliye planını anlatan kapsamlı hiçbir yazılı belge sunamamıştır. Kriz masası, yüzlerce doktora, kurtarma çalışanına ve diğer kişilere rehinelere yardım için seferber olmaları talimatını vermiştir. Ancak, bu kişilerin koordineli çalışmaları için çok az şey yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu hata, birçok görgü tanığı ve diğer delillerle doğrulanmaktadır. Tahliye ile ilgili bazı video kayıtlarından da herkesin kendi inisiyatifiyle çalıştığı görülmektedir. İyi bir kurtarma planı doğrultusunda hareket edilmemesi, belki de bazılarının birden fazla kez

panzehir enjekte edilirken, bazılarında hiç yapılmamasına neden oldu. Canlı ve ölü bedenler aynı otobüste birlikte taşındı. Otobüslerde tıbbi yardım bulunmamaktaydı. Daha kötüsü, mağdurların çeşitli hastaneler arasında nasıl dağıtılacaklarına dair açık bir plan yoktu. Bu nedenle, birçok ambulans ve şehir otobüsü mağdurları en yakın hastanelere götürdü. Böylece, bu hastanelerde tıkanıklık yaşandı ve mağdurlara tıbbi yardım uygulanması gecikti.

Dahası, video kayıtları binaya girişin başladığı 5.30'dan tahliyelerin başladığı 7.05'e kadar mağdurların gaza maruz kaldıklarını göstermektedir. Tahliyelerin neden bu kadar geciktiği ve gaz yayılması ile tahliyelerin başlaması arasında 90 dakikadan fazla bir süre geçmesine rağmen neden doktorların ve kurtarma çalışanlarının gaz kullanıldığı konusunda bilgilendirilmedikleri açık değildir. Önceden uyarı yapılmış olsaydı rehinelere çoğuna daha yerinde bir tedavi uygulanabilirdi.

Ölüm sonrası raporlar, rehinelere çoğunluğunun hastane yolunda oldukları zaman dilimine ve hastaneye ulaştıktan hemen sonrasına denk gelen 8 ila 8.30 arasında öldüklerini göstermektedir. Acil tıbbi yardım bu yüzden çok önemlidir.

Mahkeme, bu nedenlerle, kurtarma operasyonunun planlanması ve uygulamasındaki yetersizlikler sonucu Rus yetkililerin kurtarma operasyonu sırasında sivil kayıpları en aza indirmek için bütün önleyici nitelikteki olası tedbirleri tam olarak almadıklarına ve 2. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

3.5. Soruşturmanın Etkinliği

Mahkeme 2. Maddenin usuli bir pozitif yükümlülük içerdiğini yinelemektedir: Yetkililerin zor kullanması neticesinde kişiler öldürüldüğünde etkin resmi bir soruşturma yapılması gerektiği zımnen (implication) istenmektedir (bakınız yukarıda değinilen, mutatis mutandis, McCann ve Diğerleri, § 161 ve Kaya-Türkiye, 19 Şubat 1998, Raporlar 1998-I, § 105).

Mahkeme her soruşturmanın zorunlu olarak başarılı olması ya da müştekinin iddia ettiği olaylarla örtüşen bir sonuca ulaşması gerekmediğini belirtmektedir. Ancak, prensip olarak davaya konu olayların ortaya konulmasını sağlayacak ve eğer iddiaların doğruluğu ispatlanırsa, sorumluları belirleyecek ve cezalandıracak kapasitede olmalıdır (bakınız Mahmut Kaya-Türkiye, no. 22535/93, § 124,

AİHS 2000-III; ayrıca bakınız Paul ve Audrey Edwards-Birleşik Krallık, no. 46477/99, § 71, AİHS 2002-II).

Bir soruşturma “etkin” olmak için Sözleşme'nin 2. ve 3. Maddesi kapsamında Mahkeme'nin içtihatlarıyla oluşturulan birkaç temel gerekliliği karşılamalıdır: Kapsamlı (bakınız Assenov ve Diğerleri-Bulgaristan, 28 Ekim 1998, §§ 103 vd., Raporlar 1998-VIII; ayrıca bakınız yukarıda değinilen, mutatis mutandis, Salman-Türkiye, § 106, AİHS 2000-VII; Tanrıkulu-Türkiye [BD], no. 23763/94, §§ 104 vd., AİHS 1999-IV; ve Gül-Türkiye, no. 22676/93, § 89, 14 Aralık 2000), uygun/yerinde (expedient) (bakınız Labita-İtalya [BD], no. 26772/95, §§ 133 vd., AİHS 2000-IV; yukarıda değinilen Timurtaş-Türkiye, § 89; Tekin-Türkiye, 9 Haziran 1998, § 67, Raporlar 1998-IV ve Indelicato-İtalya, no. 31143/96, § 37, 18 Ekim 2001) ve bağımsız (bakınız Oğur-Türkiye, [BD], no. 21954/93, §§ 91-92, AİHS 1999-III; ayrıca bakınız Mehmet Emin Yüksel-Türkiye, no. 40154/98, § 37, 20 Temmuz 2004 ve Güleç-Türkiye, 27 Temmuz 1998, §§ 80-82, Raporlar 1998-IV) olmalıdır ve soruşturmanın belgeleri (materials) ve sonuçları mağdurun yakınları açısından yeterince ulaşılabilir olmalıdır (bakınız Oğur-Türkiye [BD], no. 21594/93, § 92, AİHS 1999-III ve Khadzhaliev ve Diğerleri-Rusya, no. 3013/04, § 106, 6 Kasım 2008), bir dereceye kadar (soruşturmanın belli ölçüde gizli yürütülmesi)¹⁴ soruşturmanın etkinliğini ciddi bir şekilde etkilemez.

Daha açıkçası, “kapsamlı soruşturma” yapma koşulu, yetkililerin ne olduğunu ortaya çıkartmak için ciddi çabada bulunmaları gerektiği, soruşturmayı kapatmak için ya da kararlarına esas olarak aceleci veya temelsiz kanaatlere dayanmaması gerektiği anlamına gelmektedir. Görgü tanıklarının ifadeleri, adli deliller vb. dâhil olayla ilgili delilleri güvenceye almak için ulaşabilecekleri tüm makul tedbirleri almalıdırlar. Yaraların sebebinin ya da sorumlu kişilerin kimliğinin belirlenmesi olanağını zayıflatan soruşturmadaki her eksiklik bu standardı ihlal etme riski taşıyacaktır (Birçok karar arasından bakınız, Mikheyev-Rusya, no. 77617/01, §§ 107 vd., 26 Ocak 2006 ve Assenov ve Diğerleri-Bulgaristan, 28 Ekim 1998, Raporlar 1998-VIII, §§ 102 vd.).

Son olarak, soruşturmanın sonuçları ilgili bütün unsurların kapsamlı, objektif ve tarafsız bir analizine dayanmalıdır. Açık bir soruşturma

14 Çevirmenin yorumu

silsilesinin takip edilmemesi soruşturmanın, davanın koşullarını ve sorumluların kimliğini belirleme olanağını azaltır (bakınız Kolevi-Bulgaristan, no. 1108/02, § 201, 5 Kasım 2009). Yine de, etkin bir soruşturmanın en alt basamağını karşılayan bir incelemenin niteliği ve ölçüsü her davanın kendi koşullarına bağlıdır. Bu koşullar, ilgili olaylar temelinde ve soruşturmanın pratik gerçeklikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidirler (bakınız Velcea ve Mazăre-Romanya, no. 64301/01, § 105, 1 Aralık 2009).

Mahkeme, mevcut davada, teröristlerle ilgili soruşturmanın oldukça yeterli ve başarılı olduğunu belirtmiştir.

Ancak Mahkeme'ye göre, kurtarma operasyonu ile ilgili soruşturma açıkça yetersizdir. En başta, kullanılan gazın formülü belirlenmemiştir. Dahası, soruşturmayı yürüten ekip, kriz masasında görev yapan tüm kişileri sorgulamak için hiçbir girişimde bulunmamıştır. Oysaki bu sayede, operasyonun planlanması ve gazın hangi oranda kullanıldığı gibi konularda daha fazla bilgi edinilebilirdi. Ayrıca, operasyonda görev yapan özel ekibin ve diğer tesadüfî tanıkların da ifadeleri alınmamıştır. Kriz masasının çalışmasıyla ilgili belgelerin “imha edilmiş” olması gerçekten şaşırtıcıdır. Sonuç olarak, Mahkeme, gaz kullanma kararının ne zaman ve kim tarafından alındığını, ne kadar sürede yetkililerin gazın olası yan etkilerini değerlendirmek zorunda kaldığını ve niçin kurtarma operasyonuna katılan diğer grupların gaz kullanıldığı hakkında bu kadar geç bilgilendirildiğini bilememektedir. Belirlenemeyen diğer bazı bilgiler de şunlardır: Hastanelerde kaç doktor görevlendirilmişti ve bu sayı yeterli miydi? Ambulans ve şehir otobüslerine mağdurları nereye nakletmeleri gerektiği ile ilgili hangi talimatlar verilmişti? Olayı anlık olarak hangi yetkililer yönlendirdi ve hangi talimatlar verildi? Tahliye işleminin başlaması niçin 1,5 saat sürdü? Teröristleri öldürmek ve bombaları etkisiz hale getirmek ne kadar süre aldı?

Son olarak, kurtarma operasyonundan planlanmasından ve uygulanmasından sorumlu Federal Güvenlik Servisi (Federal Security Service-FSB) temsilcileri ve patlayıcı madde uzmanlarından oluşan soruşturma ekibi, bağımsız değildi. Dolayısıyla Mahkeme, kurtarma operasyonu süresince ihmali olduğu iddia edilen yetkililer hakkındaki soruşturmanın tam ve bağımsız olmaması nedeniyle etkili sayılamayacağı ve bu açıdan da 2. Maddenin ihlal edildiği sunucuna varmıştır.

BU NEDENLERLE, MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

- Mahkeme, zor ve gaz kullanmak suretiyle rehine krizini çözmeye karar verilmesiyle ilgili 2. Maddenin ihlal edilmediğine;
- Kurtarma operasyonunun yetersiz planlandığı ve uygulandığı gerekçesiyle 2. Maddenin ihlal edildiğine;
- Yetkililerin operasyonun planlanmasında ve uygulanmasında ihmalleri bulunduğuyla ilgili soruşturmanın etkisiz olduğu gerekçesiyle 2. Maddenin ihlal edildiğine;
- Başvuranların diğer şikâyetlerinin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.¹⁵

15 Mahkeme, bu davada ayrıca, Sözleşme'nin 41. Maddesi kapsamında 64 başvuranın tamamına toplam 1.254.000 Euro manevi tazminat ve masraflar için 30.000 Euro ödenmesini kararlaştırmıştır.