



TESAM Akademi Dergisi

Journal of TESAM Academy

ISSN 2148-2462 / E-ISSN 2458-9217

Yabancı Terörist Savaşçılarla Mücadelede Muharebe Sahasından Kanıt Toplama

*Collecting Evidence from the Battlefield to Fight Foreign
Terrorist Fighters*

Cengiz DEMİRTAŞ

Emekli Askeri Hâkim Yarbay
demirtas.cengiz@hotmail.com
ORCID : 0000-0001-9204-5051

Bülent ATASEVER

Uluslararası Güvenlik ve Terörizm
Uzmanı.
bulentatasever@gmail.com
ORCID : 0000-0002-4737-7943

Diñçer ALPTEKİN

Avukat.
alptekinhukuk@gmail.com
ORCID : 0000-0002-0079-7860

Levent ERSİN ORALLI

Doç. Dr.
Ankara Hacı Bayram Veli
Üniversitesi, İktisadi ve İdari
Bilimler Fakültesi, Uluslararası
İlişkiler Bölümü.
ersinlevent@yahoo.com
ORCID: 0000-0002-7610-4514

Cilt / Issue: 11(1) 57-80

Geliş Tarihi: 29.10.2022

Kabul Tarihi: 04.05.2023

Atf: Demirtaş, C., Atasever, B.,
Alptekin D. ve Orallı, L. E. (2024).
Yabancı terörist savaşçılarla
mücadelede muharebe sahasından
kanıt toplama *Tesam Akademi
Dergisi*, 11(1), 57-80. <http://dx.doi.org/10.30626/tesamakademi.1429385>.

Öz

Yabancı terörist savaşçı kavramı uluslararası barış ve güvenliğe yönelik büyük bir tehdit olarak öne çıkmaktadır. Devletler ve uluslararası organizasyonlar bu problemle başa çıkmaya çalışmaktadırlar. “Yargıla ya da iade et” ilkesi bu konudaki belirleyici yaklaşımdır. Fakat yargılama konusunda önemli güçlükler yaşanmaktadır. Yabancı terörist savaşçıları yargılamak isteyen devletler kanıtların mahkemelerce kabul edilmemesi nedeniyle birtakım zorluklarla karşı karşıya kalmaktadır. Günümüzde özellikle Suriye ve Irak’ta ele geçirilen yabancı terörist savaşçıların yargılanması konusu uzunca bir zamandır uluslararası kamuoyunu meşgul etmektedir. Yargılama konusunda istekli olan ülkelerde başlatılan yargılama faaliyetlerinde, ulusal mahkemelerce diğer hükümetlerden söz konusu yabancı terörist savaşçılara ait kanıtların ortaya konulması talep edilmiş, ancak yabancı terörist savaşçılara ilişkin kanıtlar bu hükümetlerce mahkemelere sunulamamış ya da sunulan kanıtlar ceza yargılaması hukukunun aradığı kanıt elde etme kriterlerini karşılamadığından mahkemelerce kabul edilmemektedir. Bu gelişmeler üzerine Birleşmiş Milletler, NATO, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği yabancı terörist savaşçılarla mücadelede, silahlı kuvvetlerin muharebe sahasından kanıt toplamasına ilişkin prensip ve ilkeler belirleme konusunda anlaşmışlardır. Bu çalışmada yabancı terörist savaşçılarla mücadelede yeni bir araç olan “muharebe sahasından kanıt toplama” konusu ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yabancı Savaşçı, Yabancı Terörist Savaşçı, Kanıt Toplama, Terörizm, Muharebe Sahası

Abstract

The concept of foreign terrorist fighters emerges as a major threat to

international peace and security. States and international organizations are striving to address this issue. The "prosecute or extradite" principle is the decisive approach in this regard. However, significant difficulties are experienced in prosecution. States willing to prosecute foreign terrorist fighters face certain challenges due to the non-admittance of evidence by courts. The issue of prosecuting foreign terrorist fighters captured, particularly in Syria and Iraq, has long preoccupied the international community. In the prosecution activities initiated in countries willing to prosecute, national courts have requested the presentation of evidence related to these foreign terrorist fighters from other governments. However, problems have arisen such as the failure of these governments to submit evidence to the courts or the non-admittance of the presented evidence by the courts as they do not meet the criteria for obtaining evidence required by criminal procedural law. In response to these developments, the United Nations, NATO, the Council of Europe and the European Union have agreed on principles and rules regarding the collection of evidence by armed forces from the battlefield in the fight against foreign terrorist fighters. This study addresses the issue of "collecting evidence from the battlefield," a new tool in the fight against foreign terrorist fighters.

Keywords: Foreign Fighters, Foreign Terrorist Fighters, Collecting Evidence, Terrorism, Battlefield

Extended Abstract

The inability to take unlawfully obtained evidence as a basis for judgment is the mainstay of many national and international judicial systems. There is no rule that determines which evidence is acceptable and which is inadmissible in terms of international law. In order to have a sound trial without violating the right to a fair trial, the evidence obtained in accordance with the law must be brought before the courts. This includes some difficulties depending on the circumstances. It is accepted that if foreign terrorist fighters are caught, they should be tried in accordance with the rules of national and international law.

States generally tended to investigate and prosecute foreign terrorist fighters captured abroad as part of the fight against global terrorism. According to the established jurisprudence of the European Court of Human Rights, one of the internationally recognized judicial bodies, the acceptance and evaluation of evidence is primarily the duty of national courts. In the Court's view, consideration should be given to the quality of the evidence as well as the circumstances in which the evidence was obtained and whether these circumstances cast doubt on the authenticity and reliability of the evidence.

It may not be possible to go to the battlefield to gather evidence while

the fighting is still going on. The subject of the issue of collecting evidence from the battlefield is the members of the armed forces, who are the main officers on the battlefield. The only difference between the evidence collected from the battlefield and known evidence is that it is not collected by the police, gendarmerie and prosecutors, but by other actors on the battlefield. Examples of evidence that can be gathered from the battlefield are; documents and membership records of terrorist organizations, the organization's communication networks, computers, mobile phones, weapons with fingerprints, explosives that can provide forensic information.

Evidence gathering by the armed forces should be considered exceptional. This task should rest with civilian actors, unless states constitute trained and legally trained units within the armed forces to collect and preserve evidence from the battlefield.

Persons who will be sent to collect evidence, whether civilians or soldiers, must undergo detailed training covering all local and international legal mechanisms on this subject. Undoubtedly, it may not be possible for civilian actors to perform these tasks on the battlefield due to the condition of the battlefield. States must decide whether it is appropriate for soldiers to perform these tasks in the context of human rights and delegate this tasks to soldiers in a specific way. In cases where transfer is not possible, a two-pronged mechanism involving civilians and soldiers should be established, and the examinations collected by the soldiers can be quickly transmitted to expert civilians waiting in the background for examination.

All procedural actions taken regarding evidence obtained from the battlefield must comply with national and international law. In the same way, this situation should occur within the standard that institutions such as NATO, the Council of Europe and the European Union deem appropriate. For example, it is very important that it is the responsibility of the relevant country to decide on the giving and sharing of information and material obtained in a NATO operation, by the state obtained, and to preserve the evidence obtained in accordance with national and international law

The rule of law should always be taken into account if the armed forces are entrusted with the task of collecting evidence. Terrorist activities that are foreseen to be punished according to national and international law should be brought to justice in line with the law, especially human rights law and refugee law.

Cooperation mechanisms regarding the transfer process should be established between civilian judicial actors and the armed forces so that the evidence collected by the armed forces can be used in courts. In addition to the task of collecting evidence for the armed forces, states can cooperate in collecting evidence from the battlefield with the support of the armed forces. It should not be overlooked that the information collected for intelligence purposes by the armed forces on the battlefield may be evidence for a criminal investigation. The procedures and principles compatible with the right to a fair trial should be determined at the national level for the evaluation of the evidence collected from the battlefield by the investigative authorities and the courts. By determining these principles and establishing appropriate mechanisms, consensus in terms of international law will be achieved and the dilemma created by the concept of “your terrorist, my terrorist” will be eliminated.

Giriş

Yabancı terörist savaşçıların yakalanmaları ya da kendiliğinden ülkelerine dönmeleri halinde, ulusal ve uluslararası hukuk kurallarına göre yargılanmaları gerektiği kabul edilmektedir (Şahin ve Aydın, 2021, s. 174). Devletler de küresel terörizmle mücadele kapsamında ülke dışında ele geçen yabancı terörist savaşçılar hakkında genel olarak soruşturma ve yargılama yapma eğilimindedirler. Bununla birlikte kendi vatandaşı olan yabancı terörist savaşçıları vatandaşlıktan çıkarıp yargılama sürecinden uzak durmak isteyen ve yargılama işini başka ülkelere bırakmak isteyen ülkelere de rastlanmaktadır (Paulussen ve Mehra, 2021, s.3). Bu ülkelere örnek olarak Birleşik Krallık, Avustralya ve Hollanda örnek gösterilmiştir. Bazı yabancı terörist savaşçıların terör örgütlerine katıldıktan sonra pasaportlarını yaktıkları videoları sosyal medyadan paylaşarak vatandaşlık reddi yaptıkları gözlenmiştir. Danimarka bu davranışta bulunanlar ve bunların çocuklarını vatandaşlıktan çıkarmıştır (Hoffman ve Furlan, 2020, s. 14). Bazı ülkelere ise yabancı terörist savaşçıları yargılama işini özel olarak kurulacak uluslararası ceza mekanizmalarına devretme fikri uzun bir süre savunulmuştur. Örneğin İsveç yabancı terörist savaşçıları terör örgütüne üye olmak suçundan dolayı yargılama konusunda 2020 yılı Ocak ayına kadar hareketsiz kalmıştır (Paulussen ve Mehra, 2021, s. 6).

Özellikle Suriye ve Irak'ta ele geçirilen yabancı terörist savaşçıların yargılanması konusu uzunca bir zamandır uluslararası kamuoyunu meşgul etmektedir (Hoffman ve Furlan, 2020, s. 11). Yargılama konusunda istekli olan ülkelerde başlatılan yargılama faaliyetlerinde ulusal mahkemelerce hükümetlerden söz konusu yabancı terörist savaşçılara ait kanıtların ortaya konulması talep edilmiş, ancak yabancı terörist savaşçılara ilişkin kanıtlar hükümetlerce mahkemelere sunulamamış ya da sunulan kanıtlar ceza yargılaması hukukunun aradığı kanıt elde etme kriterlerini karşılamadığından mahkemelerce kabul edilmemiştir. Kanıtların hiç toplanmaması veya usulüne göre toplanmaması nedeniyle bazı hallerde de ağır suçlar yerine daha hafif suçlardan dolayı dava açılması yoluna gidilmiştir. Aynı sebepten dolayı pek çok yargılamada kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların verildiği de gözlenmiştir (Correa, 2021, s. 36).

Adil yargılama hakkı ihlal edilmeden sağlıklı bir yargılama yapılabilmesi için hukuka uygun olarak elde edilmiş kanıtların mahkemelerin önüne getirilmesi gerekmektedir. Bu ise koşullara bağlı olarak birtakım zorluklar içermektedir. Kanıt toplamak için muharebe sahasına çatışma devam ederken gidilmesi -bazen muharebe sona erse dahi- mümkün olmayabilir.

Suçun işlendiği iddia edilen ülke ile hukuki bir iş birliği anlaşması bulunmayabilir, bulunsa bile meşru hükümetin kanıtların bulunduğu alan üzerinde etkin bir kontrolü olmayabilir. Bu nedenle başka bir ülkede askerî harekât icra edilirken kolluk kuvvetleri ve yargı makamlarının temsilcileri harekât bölgesinde bulunmadıklarından silahlı kuvvetler adeta kolluk kuvveti gibi davranmak zorunda kalabilmektedirler.

Yabancı terörist savaşçıların kolluk kuvvetleri tarafından değil askerler tarafından yakalanması nedeniyle mahkemelerin aradığı kanıt toplama kriterlerinin yerine getirilmediği ve bunun sonucu olarak yabancı terörist savaşçıların cezasız kalması gibi durumların ortaya çıktığı tespit edilmiştir. Bu nedenle askerî harekâtların yapıldığı sahalarda kanıtların ulusal ve uluslararası hukuka uygun olarak toplanmasına yönelik çalışmalar uluslararası kamuoyunca dile getirilmeye başlanmıştır.

Muharebe Sahası ve Muharebe Sahasından Toplanan Kanıt

Askerî terminolojide “muharip birliklerin fiilen çatıştıkları kesim” olarak tanımlanan muharebe sahası; bu konu kapsamında genel kabul görmüş bir şekilde “*devam eden veya yakın zamanda sona ermiş bir silahlı çatışmadan etkilenen veya teröristler tarafından suç işlenmesi ihtimali yüksek olan bölge*” olarak tanımlanmaktadır. Evrensel olarak kabul görmüş tanıma göre ise kanıt; ceza yargılamasında suçun işlenip işlenmediğinin araştırılmasında yararlanılan her türlü araçtır. Avrupa Konseyi’ne göre ülkelerin ceza hukuklarında bir suçun işlendiğini veya işlenmediğini ortaya koymak üzere usulünce elde edilmiş her türlü bilgi kanıttır.

Muharebe sahasından toplanan kanıt kavramının ise uluslararası alanda kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Birleşmiş Milletler (BM) ve Avrupa Konseyi (AK) tarafından açıkça tanımlanmayan muharebe sahasından kanıt toplama kavramı, AB tarafından “*çatışma bölgesinde silahlı kuvvetler veya diğer aktörler tarafından toplanan her türlü bilgi ve materyal*” olarak, NATO tarafından ise “*NATO harekâtları ve görevlerinden elde edilen, müttefiklere, ortaklara ve kabul eden devlete kolluk kuvvetlerince ya da yargı organlarınca kullanılmak üzere verilen veya söz konusu devletlerle paylaşılan her türlü bilgi ve materyal*” olarak tanımlanmıştır. Görüleceği üzere yalnızca fiziksel nitelikteki materyaller değil; bilgi de kanıt kapsamında kabul edilmektedir.

Muharebe sahasından kanıt toplama konusunun öznesi muharebe sahasında asıl görevli olan silahlı kuvvetler mensuplarıdır. Bununla birlikte muharebe sahasında bulunan ve asıl görevi kanıt toplamak olmayan devlet görevlileri ile uluslararası organizasyonlarda görevli kişilerin de

icra ettikleri faaliyetler sırasında kanıt değeri taşıyabilecek materyal ve bilgilere rastlayabilecekleri bu nedenle kanıt toplama görevinin yalnızca askerlere özgülenmemesi gerektiği de iddia edilmekte ve uygulamada asker haricindeki aktörler tarafından toplanan kanıtların kullanıldığına rastlanılmaktadır (Cuyckens, 2021, s. 602).

AB, muharebe sahasında askerlerin haricinde uluslararası örgütlerin, hükümet dışı organizasyonların da bulunması sebebiyle silahlı kuvvetler haricindeki unsurlar tarafından elde edilmiş bilgi ve belgelerin de kanıt olarak kabul edilmesi kanaatinde iken AK ise askerlere ve hükümet dışı örgütlere ilave olarak istihbarat birimlerinin de muharebe sahasından kanıt elde edebilecekleri görüşündedir. BM ve NATO ise konuyu yalnızca askerler yönünden ele alarak çalışmalar yürütmektedir.

Muharebe sahasından toplanan kanıtların bilinen kanıtlardan tek farkı normalden farklı olarak polis, jandarma ve savcılar tarafından değil muharebe sahasındaki diğer aktörler tarafından toplanmasıdır (Paulussen ve Mehra, 2021, s. 13).

Muharebe sahasından toplanabilecek kanıtlara örnek olarak; terör örgütlerinin belgeleri ve üyelik kayıtları, örgütün iletişim ağlarının irtibat bilgileri, bilgisayarlar, sosyal medya kayıtlarının olduğu cep telefonları, videolar, fotoğraflar, parmak izi taşıyan ateşli silahlar, kullanılmayan materyaller üzerinden adli tıp bilgileri sağlayabilecek patlayıcılar sayılabilir (Demirden, 2020, s. 36).

Yabancı Terörist Savaşçı

Yabancı savaşçılar genellikle ideolojik saiklerle ve bir dava uğruna, gönüllü olarak vatandaşı olmadığı ülke topraklarında silahlı çatışmaya katılan kişiler olarak ifade edilmektedir. Maddi güdüye sahip yabancı savaşçılar paralı askerlerdir ve bunlar gönüllülük esasına göre hareket etmedikleri için yabancı savaşçı statüsünde kabul edilmezler (Yalçınkaya, 2017, ss. 25, 26). Yabancıların savaşlar için devşirilmesi aslında yeni bir olgu değildir ve tarihte birçok defa tecrübe edilmiştir. Yabancı savaşçılar ulus devletin ortaya çıkışından beri başka coğrafyalara giderek idealist bir fedakârlıkla çatışma alanlarında yer almışlardır. Farklı ülkelerden toplanarak başka coğrafyalara savaşmak adına Haçlı Seferlerine katılanlar, İspanyol İç Savaşındaki uluslararası tugaylara mensup olanlar yabancı savaşçı kavramına tarihi örnekler olarak verilebilir. Günümüzde yeni olan ise yabancı savaşçıların terörist örgütlerce terörist savaşçı şeklinde devşirilmeleridir. Bu da ilk kez 2003 yılındaki Irak Savaşı sonrasında ülkedeki kalkışma ve ayaklanmalarda yoğun ve etkin bir biçimde

görülmeye başlanmıştır. Literatürde yabancı terörist savaşı kavramının 2010 yılı ortalarında yabancı savaşı kavramından doğduğu kabul edilmektedir (Bilkova, 2018, ss. 2, 3).

Yabancı Savaşı ve Yabancı Terörist Savaşı kavramları 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 Ek Protokolleri gibi silahlı çatışmaları düzenleyenler de dahil olmak üzere, uluslararası anlaşmalarda ve diğer uluslararası hukuk belgelerinde bulunmamaktadır. Bununla birlikte yabancı savaşçıların silahlı çatışma hukuku kapsamında en azından Cenevre Sözleşmeleri ortak 3'üncü maddesinde tanınan haklardan yararlandırılmaları genel olarak kabul görmüş bulunmaktadır. Yabancı terörist savaşçıların söz konusu maddenin koruma kapsamında olduğu hususunda ise uluslararası alanda bir uzlaşma bulunmamaktadır. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Cenevre Sözleşmeleri ortak 3'üncü maddenin yabancı terörist savaşçılara dahi uygulanabileceğini savunurken başta ABD olmak üzere bazı ülkeler teröristlerin uluslararası silahlı çatışma hukukunun hiçbir kuralına uymamalarını gerekçe göstererek Cenevre Sözleşmeleri ortak 3'üncü maddenin bunlar hakkında uygulanamayacağını savunmaktadırlar (ICRC, 2019, ss. 59,62).

Yabancı terörist savaşı kavramı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından ise ilk kez 2170 (2014) sayılı kararda yer almış ancak tanımlanmamıştır. 2178 (2014) sayılı kararda ise yabancı terörist savaşı ilk kez, *"İkamet etmekte veya vatandaşı olduğu bir devletten başka bir devlette terörist eylemleri gerçekleştiren, planlayan, hazırlığında olan veya katılma amacıyla seyahat eden; ya da silahlı çatışmalarla ilişkili olanlar dahil olmak üzere terör eğitimi alan veya veren kişiler"* şeklinde tanımlanmıştır. Görüleceği üzere BM, yabancı savaşı tanımına teröristliği de ekleyerek yabancı terörist savaşı kavramını tanımlamış ve bu tanımlı hukuki bir platforma taşıyarak yasa dışı ilan etmiştir (Yalçınkaya, 2017, s. 27). Yabancı savaşı ile yabancı terörist savaşı tanımlarındaki farkın terör boyutundan kaynaklandığını gözden kaçırmamak gerekir. BM sisteminde de yabancı savaşı ile yabancı terörist savaşı arasındaki fark çok net olup terörist faaliyetler içinde olan örgütlere katılmak yabancı terörist savaşı sayılmak için yeterli olarak kabul edilmektedir (Şahin ve Aydın, 2021, s. 163).

Muharebe Sahasından Kanıt Toplanmasına Yönelik Olarak BM Tarafından Yürütülen Çalışmalar

BM Güvenlik Konseyi'nin 1373 (2001) sayılı kararı ile ülkeler, terörizmin finanse edilmesinde, terörist eylemlerin planlanmasında ve icrasında rol alan herkesi adalet önüne çıkarmakla yükümlü kılınmıştır. 2170 (2014)

ve 2178 (2014) sayılı kararlarda yabancı terörist savaşçı sorununa vurgu ve yabancı terörist savaşçılarla mücadelede işbirliği çağrısı yapılmış, 2322 (2016) sayılı karar ile teröristleri adalet önüne çıkarmada “yargıla ya da yargılanmak üzere başka ülkeye gönder” ilkesi öngörülmüştür. 2396 (2017) sayılı karar ile ülkeler, terörizmle mücadele edilebilmesi için askerî operasyonlar sırasında elde ettikleri kanıtlara ulusal ve uluslararası usul ve esaslar çerçevesinde işlem yapmaya, bu konuda tecrübelerini ve birikimlerini diğer ülkelerle paylaşmaya davet edilmişlerdir.

2396 sayılı karar doğrultusunda BM tarafından; BMGK Terörizmle Mücadele Komitesi başkanlığında, BM Bölgelerarası Suç ve Adalet Araştırma Başkanlığı, BM Terörizmle Mücadele Dairesi, BM Uyuşturucu ve Suç Dairesi, BM Barış Harekâtları Başkanlığı, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, BM Kalkınma Programı, BM Hukuk İşleri Dairesi gibi birimlerin katılımıyla bir çalışma grubu (görev kuvveti) teşkil edilmiştir. Konunun uluslararası alanda BM tarafından ele alındığı bu ilk faaliyet sonunda söz konusu çalışma grubu tarafından devletler için tavsiye niteliğinde olan “Silahlı Kuvvetler İçin Kanıt Toplama Rehberi” yayımlanmıştır. Yayımlanan belgenin devletlere herhangi bir yükümlülük getirmediği, amacın iç işlerine karışmama ilkesi dikkate alınarak insan hakları hukuku ve insancıl hukuka uygun şekilde muharebe sahasından kanıt toplanması olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu Rehber’e göre BM’nin konuya yaklaşımı şu şekildedir:

- Silahlı kuvvetlerin kanıt toplaması istisnai olarak kabul edilmelidir. Devletler muharebe sahasından kanıt toplamaya ve muhafaza etmeye yönelik olarak silahlı kuvvetler içerisinde eğitilmiş ve yasal olarak eğitilmiş birimler teşkil etmediği sürece bu görev sivil aktörlere ait olmalı, sivil aktörlerin muharebe sahasında bu görevleri icra etmeleri muharebe sahasının durumu nedeniyle mümkün olmadığı takdirde devletler insan hakları bağlamında askerlerin bu görevleri icra etmelerinin uygun olup olmadığına karar vermeli ve sınırları belli bir şekilde bu görevi askerlere tevdi etmelidir.

- Silahlı kuvvetlere kanıt toplama görevi verildiği takdirde hukuk devleti ilkesi her zaman göz önünde tutulmalı, ulusal ve uluslararası hukuka göre cezalandırılması öngörülen terörist aktiviteler insan hakları hukuku, insancıl hukuk ve mülteci hukuku başta olmak üzere ulusal ve uluslararası hukuk doğrultusunda adalet önüne çıkarılmalıdır.

- Silahlı kuvvetlerin topladığı kanıtların mahkemelerde kullanılabilmesine yönelik olarak sivil yargısal aktörler ile silahlı kuvvetler arasında muharebe sahasından kanıt toplanmasına, toplanan kanıtların muhafaza

ve transfer edilmesine ilişkin iş birliği mekanizmaları tesis edilmelidir.

- Silahlı kuvvetler tarafından muharebe sahasından olağanüstü şartlarda toplanan kanıtların mahkemeler tarafından kabul edilebilirliğine yönelik olarak yeterli güvenceler de sağlanarak özel normlar ihdas edilmelidir.

- Devletler, istisnai durumlarda silahlı kuvvetlere muharebe sahasından kanıt toplama görevi vermeye karar verdikleri takdirde, bunu açıkça duyurmalı ve silahlı kuvvetlere yönelik yönerge, talimat ve devamlı emirlerle bu görevin nasıl yapılacağına dair usul ve esasları belirlemelidir.

- Devletler, silahlı kuvvetlere asli olarak kanıt toplama görevi vermek yerine ulusal düzlemde sorumlu sivil aktörler tarafından silahlı kuvvetlerin yardım ve desteği ile muharebe sahasından kanıt toplanmasını öngörüp bu alanda düzenlemeler yapabilirler.

- Silahlı kuvvetler tarafından muharebe sahasında operatif ve istihbari maksatlı olarak toplanan bilgilerin aynı zamanda bir suç soruşturması veya yargılamasında kanıt olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

BM tarafından yürütülen çalışmalar sonucunda ortaya konulan rehberde yabancı terörist savaşçı haricinde bir tanıma yer verilmemesi, devletlerin insan haklarına ilişkin olarak yükümlülük altına girdiği bölgesel antlaşmalara hiç değinilmemesi eleştirilse de bu nevi karmaşık bir konuda üzerinde uzlaşmış bir çerçevenin belirlenmiş olmasının önemli olduğu kabul edilmektedir (Cryer, 2020). BM tarafından yayımlanan rehber bugün uluslararası alandaki pek çok çalışmaya da ilham vermiş bulunmaktadır. Örneğin Terörizmle Mücadele Global Forumu tarafından Lahey’de uzmanlar seviyesinde yapılan çalışmalar Abuja’da yapılan zirvede tamamlanmış ve terör suçlarını soruşturmakla görevli olanlara yönelik olarak 28 ayrı başlıkta tavsiye niteliğinde kararlar alınmıştır. Söz konusu kararlarda yabancı terörist savaşçıların işledikleri suçları soruşturmada yaşanan güçlükler, başarılı soruşturma ve yargılamalar için başta kanıt toplamada olmak üzere soruşturma tekniklerindeki ülkeler arası iş birliğinin gerekliliğine vurgu yapılmıştır.

Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Tarafından Yürütülen Çalışmalar

Avrupa Konseyince 2018-2022 yıllarına ilişkin olarak kabul edilen Terörizmle Mücadele Stratejisi (4 Nisan 2018 tarihli 2018/6 sayılı karar) doğrultusunda teröristlerin adalet önüne çıkarılması hususunda Bakanlar Komitesi’nde bir mutabakat sağlanmıştır. Müteakiben AK Terörizmle Mücadele Komitesi tarafından teröristlerin işledikleri suçlara yönelik olarak muharebe sahasından toplanan kanıtların ceza

yargılamaında kullanılmasına ilişkin tavsiye karar taslağı hazırlanarak Bakanlar Komitesi'ne sunulmuştur. Söz konusu taslakta silahlı kuvvetler tarafından muharebe sahasından kanıt toplanmasının silahlı kuvvetlerin asli vazifelerini aksatmaması kaydıyla kabul edilebileceğı, toplanan kanıtların ceza yargılamalarında kanıt olarak kullanılabilmesine ilişkin ulusal düzlemde gerekli normların yaratılması gerektiğı, insan hakları hukuku ve insancıl hukuka uymanın ve adil yargılanma hakkının ihlal etmemenin öncelikli olduğı ifade edilmiştir.

AK tarafından hazırlanan taslak tavsiye kararında yalnızca silahlı kuvvetlerin değıl istihbarat birimlerinin de muharebe sahasından kanıt toplayabilmesi, bunların da normatif düzenlemeler yapılmak suretiyle ceza yargılamaında kullanılması öngörülmüştür. Taslakta son olarak kamu görevlisi olmayan bazı kişi ve grupların muharebe sahasından elde edebilecekleri kanıtların da kullanılmasının mümkün olması gerektiğı ifade edilmiş, silahlı kuvvetler ve istihbarat birimleri haricindeki aktörler olarak hükümet dışı örgütler, uzmanlar, basın mensupları, özel şirketler ve müteahhitler sayılmıştır.

AB ise uluslararası mahiyetteki suçların soruşturma ve kovuşturması için ülkeler arası bir mekanizmayı esasen uzun yıllar önce kurmuştur. Muharebe Sahasından Kanıt Toplama Muhtırasında da sıklıkla bahsedilen "Genocide Network" adlı bu mekanizma soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının soruşturma ve kovuşturmasında iş birliğı ve koordinasyon amacıyla 2002 yılında oluşturulmuştur. Mekanizmanın daimî nitelikteki sekretaryası 2011 yılında EUROJUST¹ (Avrupa Birliğı Ceza Adaleti İşbirliğı Ajansı) çatısı altında teşkil edilmiştir. Muharebe sahasından kanıt toplama konusu uluslararası kamuoyunda ele alınmaya

¹ 28 Şubat 2002 tarihli Konsey Kararı ile sürekli bir yapı haline dönüşen Eurojust tüzel kişiliğı olan bir Avrupa Birliğı Kurumudur. Özellikle bir veya daha fazla üye devletin karıştığı sınıraşan ciddi suçlar ve organize suçların araştırılması ve soruşturulmasında yetkili ulusal makamlar arasında iş birliğini geliştirmek, araştırma ve soruşturmaları teşvik etmek, koordine etmek, üye devlet ve Konsey'e gerekli uzmanlık bilgisini temin etmek, konuları Eurojust'ın önemli görevleri arasında sayılmaktadır. <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/eurojust28022020101528> (Çevrimiçi 27.01.2023); Bu kurumun avantajı, tüm Üye Devletlerden gelmiş olan uzmanların aynı bina içerisinde, yan yana, beraber çalışması ve böylece anında bürokratik engeller olmaksızın gayri resmi bir şekilde iletişim kurabilmeleridir. Her bir üyenin, kendi ülkesinde ulusal maddi hukukuna ve usul hukukuna dair önemli miktarda uzmanlığı olduğı için, ulusal üyeler arasında hızlı ve bürokratik olmayan bir bilgi paylaşımı gerçekleşir. Ayrıca, ulusal üyeler ile kendi ülkeleri arasında sürekli bir iletişim olması nedeniyle, Eurojust farklı ulusal adli makamlarla birlikte hareket edebilme imkânına sahiptir. (Helmberg, *Eurojust ve Karma Soruşturma Ekipleri: Eurojust Karma Soruşturma Ekiplerini Nasıl Destekleyebilir?*, Çev.Ali Rıza Töngür, Küresel Bakış, Yıl: 5, Sayı:16, 2015, s.2)

başlangıcında, uluslararası mahiyeti bulunan soruşturma ve kovuşturmalar için esasen Genocide Network mekanizmasının aynı amaca hizmet ettiği ve esasen yıllardan beri ülkeler arasındaki iş birliğine yönelik olarak kullanıldığı AB tarafından haklı olarak ifade edilmiştir. AB, benzer amaçlı mekanizmalara sahip olmasına rağmen muharebe sahasından kanıt toplanması hususunda da öncülük eden çalışmalar yürütmüştür.

Avrupa Birliği muharebe sahasından kanıt toplama konusunun çıkış noktasını yabancı terörist savaşçılar olarak belirlemiştir. AB, yabancı terörist savaşçılardan gelen tehditlerin AB için öncelikli olduğuna vurgu yaparak terörizmle mücadele bağlamında soruşturma ve yargılamalar için sağlıklı kanıtlara olan ihtiyacı ortaya koymuştur.

Konuya ilişkin olarak AB bünyesindeki ilk çalışma AB Konseyinin 19 Eylül 2017 tarihli, 12347/17 sayılı ve “Terörizmle Mücadelede Silahlı Kuvvetler, Kolluk Kuvvetleri ve Yargı Arasında Bilgi Paylaşımını Güçlendirme” konulu kararı ile yapılmıştır. 2018 yılında ise EUROJUST tarafından Muharebe Sahasından Kanıt Toplama Muhtırası yayımlanmıştır. Söz konusu muhtıra üye ülkelere gönderilen anketlerden elde edilen cevapların analizi sonucunda hazırlanmıştır. 2020 yılında güncellenen muhtırada; ceza muhakemesi hukukunun genel ilkelerine, adil yargılanma hakkına ve diğer insan haklarına uyulması kaydıyla muharebe sahasından toplanan kanıtların mahkemelerce değerlendirilebileceği, bazı ülkelerin mevzuatında silahlı kuvvetlerin muharebe sahasından kanıt toplamasına ilişkin açık düzenlemeler bulunmakla birlikte pek çok ülkenin mevzuatında açıkça izin veren ya da aksine bir düzenleme bulunmadığı belirtilmiştir.

AB ayrıca EUROJUST aracılığıyla Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılığı ile yapılan müşterek çalışma sonucunda savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar gibi uluslararası suçlara ilişkin olarak gerek ulusal makamlarca ve gerekse de Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yapılacak soruşturma ve yargılamalarda kullanılacak bilgilerin toplanmasında ve korunmasında esas olacak rehber ilkeleri 21 Eylül 2022 tarihinde uluslararası kamuoyuna açıklamıştır. Söz konusu rehber ilkelerin hedefi soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarının cezasız kalmamasıdır. Söz konusu hedef, muharebe sahasından kanıt toplamanın hedefi ile benzerlik taşımaktadır. Çalışma ve neticesinde ortaya çıkarılan rehber ilkelerin hedef kitlesi sivil aktörlerdir. Bu yönden ise muharebe sahasından kanıt toplanması çalışmalarından ayrılmaktadır.

AB üyesi devletlerdeki mahkeme kayıtlarına yansıyan muharebe sahası kanıtlarının; ordu tarafından çatışma bölgelerinde toplanan yazılı belgeler, saldırılarla ilgili olarak ordu tarafından çatışma bölgelerindeki

durum hakkında hazırlanan belge ve raporlar, çatışma bölgelerinde ele geçirilen cep telefonlarında veya el yapımı patlayıcılarda bulunan izler, defterler ve günlükler, biyometrik veriler, bir çatışma bölgesinde esirlere aşağılayıcı muameleyi gösteren sosyal medya kayıtları, videolar, fotoğraflar veya bir terör örgütü mensubu tarafından düzenlenen evlilik sözleşmesi gibi belgeler olduğu tespit edilmiştir.

Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından muharebe sahasından kanıt toplanması hususunda yapılan çalışmalarda EUROPOL de ön plana çıkmaktadır. EUROPOL, Analiz Projeleri (AP), Temel Uluslararası Suçlar (CIC), AP Gezginleri (APTravellers) ve AP Hydra aracılığıyla, muharebe sahasından kanıt ve uluslararası terörizmle ilgili mücadele bilgileri sağlamakta ve bu anlamda üye devletlerin cezai soruşturmalarında aktif operasyonel destek vermektedir. AP ve CIC gibi oluşumlar, üye devletlerdeki uzmanlaşmış polis birimleri ve savaş suçları birimlerinin yanı sıra, BM tarafından yetkilendirilenler ile diğer bazı uluslararası kuruluşlarla ilişki içinde konu ile ilgili çalışmalarını sürdürmektedir.

EUROPOL (Avrupa Polis Teşkilatı) ayrıca, üye devletlerin yargı makamlarını EUROJUST'ta görülen sınır ötesi davalar bağlamında da desteklemektedir. Bu girişimlere bir örnek olarak 2020'nin sonunda EUROPOL, EUROJUST ve Avrupa Komisyonu arasında elektronik kanıtlara sınır ötesi erişimin hukuki karmaşıklığını gidermek amacıyla, yeni bir katkı anlaşması imzalanmıştır. Anlaşma ve bağlı SİRİUS projesi ile, çoğunlukla AB dışı yargı sistemlerine dahil olan çevrimiçi servis sağlayıcıların (OSP) EUROPOL Uzmanlar Platformundaki (EPE) kısıtlı SİRİUS platformuna kayıtları sağlanmıştır. 15 ülkeden fazla üçüncü taraf imzacı ve 6200 üyeye sahip olan platform, AB hukukunun çevrimiçi servis sağlayıcıların sahip olduğu verilere erişmesi için uzun ve hantal yasal prosedürlerin hızlandırılmasını amaçlamaktadır. Program, AB E-kanıt mevzuatı çerçevesinde dijital sınır ötesi soruşturmalar ve özellikle resmi süreçler (yani AB ve Üçüncü Taraflar arasındaki MLA (çok taraflı, Multilateral Agreement) Anlaşmaları), gönüllü iş birliği (AB'den doğrudan yabancı merkezli OSP'lere gönderilen talepler) ve yasal gelişmelerin güncellenmesini de içermektedir.

Bütün bu gelişmelere rağmen, sınır aşan boyuttaki muharebe sahasından kanıt toplama konusunun yeni gelişmekte olan doğası ve birbirinden farklı uluslararası uygulama ve yaklaşımlar nedeniyle EUROPOL'ün etkin çalışmalar yürütmesinde bazı güçlükler ortaya çıkmaktadır. AB ve EUROPOL'ün özellikle UNITAD, Suriye özelinde UN IIIM (BM International, Impartial and Independent Mechanism) ya da Uluslararası

Ceza Mahkemesi (ICC) gibi uluslararası kuruluşlar ile YTS'lere ve aile/yakınlarına yönelik cezai soruşturmalarla ilgili olarak, doğrudan kişisel veri alışverişi yönünde bir dizi ciddi kısıtlama ile karşı karşıya olduğu ifade edilmektedir. (Antoniadis ve Bekou, 2007, s. 623) Muharebe sahası kanıtlarının toplanması ve değerlendirilmesi konusunun küresel boyutta bir iş birliği ile hukuki boyutunun net bir biçimde ortaya konulması gerektiği bütün bu örneklerde bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

NATO Tarafından Yürütülen Çalışmalar

NATO Siyasi Komitesi eşgüdümünde kurulan Muharebe Sahasında Kanıt Toplama Çalışma Grubu tarafından 2020 yılı Ocak ayında konuya ilişkin çalışmalar başlatılmıştır. NATO ve üyesi ülkeler tarafından icra edilen harekâtlarda elde edilen kanıtların ulusal ve uluslararası yükümlülükler uygun olarak toplanması, işlenmesi ve saklanmasına yönelik NATO siyasasının hazırlanması, Konsey'e uzmanlık alanı ile ilgili tavsiyelerde bulunulması, diğer NATO makamları ile eşgüdüm sağlanması, NATO askeri makamları ile müttefiklerin desteklenmesi, BM, AB, AGİT ve INTERPOL gibi diğer uluslararası örgütlerle tamamlayıcılık ve artı değer oluşturmak maksadıyla yardımlaşılması ve koordine kurulması şeklinde hedefler söz konusu Çalışma Grubu için belirlenmiştir.

Çalışma Grubu tarafından hazırlanan NATO Muharebe Sahasında Kanıt Toplanması Siyaseti (PO (2020)0315) 2020 yılı Ekim ayında onaylanmış, söz konusu Siyaseti doğrultusunda hazırlanan Muharebe Sahasında Kanıt Toplanması Çalışma Programı (PO (2021)0260) 28 Temmuz 2021 tarihinde kabul edilmiştir. Muharebe Sahasında Kanıt Toplanması Çalışma Programının uygulanmasına yönelik olarak Siyasi Komite'ye bağlı olarak teşkil edilen Çalışma Grubu tarafından hazırlanan Uygulama Planı (AC/342-wp (2021)0001) ise 20 Aralık 2021 tarihinde kabul edilmiştir.

Muharebe sahasından elde edilen kanıtlar konusunda yapılan her usuli işlemin ulusal ve uluslararası hukuka uygun olmasının, bir NATO harekâtında elde edilen bilgi ve materyalin verilmesine ve paylaşılmasına bunları elde edilen devletçe karar verilmesinin, elde edilen kanıtları ulusal ve uluslararası hukuka uygun olarak muhafaza etmenin ilgili ülkenin sorumluluğunda olması öngörülmektedir.

Muharebe Sahasında Kanıt Toplanması Siyasetinde üye ülkelere; muharebe sahasından kanıt toplamaya ilişkin askerler ile yargısal makamlar ve kolluk kuvvetleri arasında işbirliğine imkân veren yasal çerçevenin oluşturulması, ulusal kurumlarda askerler ile yargısal makamlar ve kolluk

kuvvetleri için müşterek eğitim ve öğretim imkânlarının geliştirilmesi, muharebe sahasından elde edilen kanıtların transferi ve elde edilen bilgilerin paylaşımına ilişkin mekanizmalar oluşturulması, askerî unsurların muharebe sahasından kanıt toplamaya yönelik olarak siyasa da belirtilen ve müteakiben çeşitli belgelerde belirtilecek prensiplere ilişkin farkındalıklarının sağlanması hususlarında tavsiyelerde bulunulmuştur.

Muharebe sahasından kanıt toplama ile eşgüdümlü olarak NATO tarafından ayrıca “Teknik Kullanım” başlığı altında da bir çalışma yürütülmektedir. Teknik kullanım; muharebe sahasından elde edilmiş kanıtlar da dahil olmak üzere NATO unsurları tarafından toplanan ham veri, bilgi ve materyalin potansiyel istihbarat ve harekât değeri elde etmek için bilimsel yöntemlerle işlendiği sistematik bir süreç olarak tanımlanmaktadır. Muharebe sahasından kanıt toplama ve teknik kullanım NATO tarafından birbirini tamamlayan iki mekanizma olarak kabul edilmektedir. Muharebe sahasından kanıt toplama kuşkusuz daha çok ceza adaletinin sağlanmasını hedefleyen ve işlenen suçların cezasız kalmaması için yürütülen bir çalışma iken; teknik kullanım ise muharebe sahasından elde edilmiş kanıtlar başta olmak üzere pek çok bilginin bir araya getirilmesi ile yürütülen bir istihbarat faaliyetidir.

ABD Tarafından Yürütülen Çalışmalar

ABD Savunma, Adalet ve Dışişleri Bakanlıklarının ortak girişimi ile 2017 yılında başlatılan çalışmalar sonunda hazırlanan ve 14 rehber ilkenin yer aldığı “Muharebe Sahasından Toplanan Kanıtların Ceza Yargılamasında Kullanılmasına İlişkin Bağlayıcı Olmayan Rehber İlkeler” belgesi yayımlanmış ve uluslararası kamuoyu ile paylaşılmıştır.²

Rehberdeki bağlayıcı olmayan ilkeler doğrultusunda ABD, ordudan elde edilen kanıtların yerel ve sivil terör soruşturmalarında ve kovuşturmalarında kullanma konusunda ABD'nin kendi yaklaşımlarını bu doğrultuda ele alabileceğini, geliştirebileceğini ve bu konu üzerine çalışan müttefiklere veya üçüncü taraflara eğitim ve teknik yardımlar anlamında destek olabileceğini deklare etmiştir. Yine bu bağlamda ABD, Birleşmiş Milletler Terörle Mücadele Yürütme Direktörlüğü ve Küresel Terörle Mücadele Forumu tarafından uygulanan benzer muharebe alanı kanıt toplama çalışmalarını tamamlayıcı, destekleyici ve artırıcı roller

² Adalet ve Hukuk Devleti İçin Uluslararası Enstitüsü (International Institute for Justice and the Rule of Law-IIJ), ABD tarafından yayımlanan rehber ilkeler benimsenmiş ve bunların uygulanmasının artırılmasına yönelik olarak 2019 yılından bu yana çalışmalar yürütülmüştür. <https://www.theij.org/battlefield-evidence-workstream/> (çevrimiçi 24.01.2023)

üstlenebileceğini rehberde belirtmiştir.

Rehberde belirtilen ilkeler temel anlamda; “Askeri operasyonlar için bilgilerin toplanmasına ve kullanılmasına izin veren açık yasal yetkiler ve uygulamaların mevcut olduğundan emin olunması; gizli bilgilerin korunması ve askeri olmayan aktörlerle bilgi paylaşımı da dahil olmak üzere, muharebe sahası kanıtlarının kabul edilebilirliğine izin veren yasal çerçeveler geliştirilmesi; mümkün olan her yerde güvenliği ele alan açık yönergeler veya politikalar geliştirilmesi; muharebe sahası kanıtlarının sınıflandırılması; kimlik doğrulamayı sağlamanın bir yolu olarak gözetim/denetim mekanizmalarının oluşturulması, bunun sürdürülmesi ve bilgi ve/veya materyallerin bütünlüğü için politikalar ve prosedürler geliştirilmesi; uzun vadede erişilebilir ve kullanılabilir olmaları için askeri personel tarafından toplanan ve/veya elde edilen kanıtlar anlamında bilgi ve nesnelere korumak için sistematik bir süreç oluşturulması; ordu tarafından toplanan veya elde edilen bilgi ve materyalleri tanımlayıcı verilerin oluşturulması; askeri operasyonlar yoluyla toplanan veya elde edilen bilgilerin sınıflandırılmasını gözden geçirmek ve bilgi kirliliğinin elenmesi için süreçler geliştirilmesi; muharebe sahasında ve kanıtların toplanmasında sivil boyutların terörle mücadele ile çok yönlü bir ilişkide olduğunun gözden kaçırılmaması; muharebe sahası kanıtlarını ortak ülkelerle paylaşmak için çok taraflı ve/veya bölgesel platformların oluşturulması; özellikle ordudaki ve konuyla ilgili hükümet yetkililerinin kanıt dayalı cezai kovuşturmanın değeri hakkında bilgilendirilmesi, eğitilmelerinin sağlanması ile askeri ve kolluk kuvvetlerini içeren ortak eğitimler düzenlenmesi; yargıçlar ve soruşturma hakimleri gibi kilit muhataplara, muharebe sahası kanıtlarının benzersiz doğası ve ordunun kanıt, bilgi, materyal topladığı ve elde ettiği ortamın doğası hakkında eğitim sağlanması; Politika yapımcıların ve uygulayıcıların, muharebe sahası kanıtlarının genellikle doğrulayıcı kanıtlar geliştirme ihtiyacını gerektireceği hakkındaki bakış açılarının geliştirilmesi ve son olarak, muharebe sahası kanıtlarını ele almak için belirlenmiş bütün askeri kuvvetlerin temel bilgilerinin, anlayışlarının ve eğitimlerinin ilettilmesi” olarak belirlenmiştir.

ABD, muharebe sahasından kanıt toplanması konusunda farkındalık oluşması ve bu alanda kendi yaklaşımının da benimsenmesini sağlamak amacıyla özellikle ABD Federal Adalet Bakanlığı Denizaşırı Savcılık İlerleme, Eğitim ve Yardım Ofisi (Office of Overseas Prosecutorial Development, Assistance and Training OPTAD) vasıtasıyla çalışmalar yürütmektedir.

Türkiye Açısından Konunun Önemi ve Uygulama

Hukuka aykırı şekilde elde edilmiş kanıtların hükme esas alınmaması pek çok ulusal ve uluslararası yargı sisteminin dayanak noktasıdır (Ölçer, 2011, s. 150). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde hangi kanıtların kabul edilebilir olduğunu hangilerinin kabul edilemez olduğunu belirleyen bir kural yoktur. Mahkemenin yerleşik içtihadına göre kanıtların kabulü ve değerlendirilmesi öncelikle ulusal mahkemelerin görevidir. Mahkemeye göre kanıtların kalitesi ile birlikte kanıtların elde edildiği koşullar ve bu koşulların kanıtların gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde kuşku doğurup doğurmadığı dikkate alınmalıdır (Doğru ve Nalbant, 2016, s. 638). Bu yaklaşım nedeniyle muharebe sahasından toplanan kanıtların soruşturma makamları ve mahkemelerce değerlendirilebilmesine yönelik olarak adil yargılanma hakkı ile bağdaşır nitelikte usul ve esasların ulusal düzlemde belirlenmesi halinde sözleşmeye herhangi bir aykırılık oluşmayacağı değerlendirilmektedir.

Bir suça ilişkin kanıtların hukuken geçerli olup olmadığına, kabul edilebilir olup olmadığına karar verecek makamlar savcılıklar ve mahkemelerdir. Bazı ülkelerin mevzuatlarında muharebe sahasından elde edilmiş kanıtların kullanılabilirliğine ilişkin açık bir düzenleme yer almazken, bazı ülkelerde ise bunların kullanılabilirliğine açıkça cevaz verildiği görülmektedir. Mevzuatında açık bir düzenleme bulunmayan ülkelerde muharebe sahasından elde edilmiş kanıtların kullanımını yasaklayan herhangi bir norm da bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle kanıt toplamaya ilişkin usul ve esaslara uyulduğu takdirde bunların soruşturma ve yargılamalarda kullanılması mümkündür.

Ceza muhakemesinde kanıt serbestisi ilkesi geçerlidir. Bu nedenle ceza yargılamasında medeni yargılama hukukundan farklı olarak her şey kanıt olarak kabul edilebilir. Burada esas olan yargılamanın bir bütün olarak adil yapılmasıdır. Ancak eldeki kanıtla bir hükme veya kanaate varılabilmesi için söz konusu ispat aracının birtakım özellikler taşıması zorunludur. Bu özelliklerin başında kanıtın hukuka uygun yollardan elde edilmesi gelmektedir (Gökçen ve Çakır, 2019, s. 2913).

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kendisinden önceki 1412 sayılı CMUK'a göre savcılık makamını suç soruşturmasının merkezi olarak kabul etmiş ve soruşturma sırasında kanıtların elde edilmesi ve değerlendirilmesi görevini savcıya bırakmıştır. Mülga CMUK'un 156'ncı maddesinde yer alan ve kolluk kuvvetlerine kanıt toplama yetkisi veren "*Zabita makam ve memurları suçluları aramakla ve işin tenviri için lazım gelen acele tedbirleri almakla mükelleftir. Bu makam ve memurlar tanzim ettikleri*

evraki hemen savcılığa gönderirler...” şeklindeki hüküm 5271 sayılı CMK’ya alınmamıştır. 5271 sayılı CMK’nın 160/2’nci maddesi *“Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.”* şeklinde olup, bu hükümden kanıt toplama görevinin savcıya ait olduğu, savcının emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle bu işi yapmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır.³ Kanuni düzenleme bu şekilde olmasına rağmen ülkemizde doğrudan ve yalnızca savcıya bağlı bir adli kolluk teşkilatı tam olarak teşkil edilmediğinden savcılarının genel kolluk kuvvetleri marifetiyle kanıt topladıkları görülmektedir.

Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk teşkilatının bir unsuru olmadığı için kanunlarda yazılı istisnai haller haricinde⁴ TSK tarafından genel kolluk yetkilerinin kullanılması mümkün değildir. Bu durumun doğal sonucu olarak TSK unsurlarının kolluk kuvvetlerinin yetkilerini haiz oldukları istisnai durumlar haricinde suç soruşturmasına yönelik kanıt toplamakla görevli ve yetkili olamayacaklarını belirtmek yanlış olmayacaktır. Bu durumda TSK unsurlarının yurt içinde askerî birlikler içerisinde olsun ya da olmasın karşılaştıkları suç teşkil eden eylemlerde olayı kolluk makamlarına ya da savcılığa iletmekten başka bir işlem yapamayacakları

³ CMUK’un aksine CMK’da adli kolluğa fazla yetki verilmesi kabul edilmemiştir. Genellikle hukuk eğitimi olmayan kolluğun, suçla mücadele sebebiyle her olayda bir suç işlendiği veya muhatap olduğu kişileri potansiyel suçlu olarak görmesi sebebiyle, iyi niyetle de olsa, kişilerin haklarını ihlal edebilmekte veya hukuka aykırı yöntemlere başvurabilmekteydi. Bu nedenle CMK’daki eğilim, hukukçu olsan savcının maddî gerçeğe ulaşmada ve delilleri değerlendirmede terk yetkili olması, bunu yaparken kişilerin temel hak ve hürriyetlerini de korumasıdır. (Öztürk ve arkadaşları, 2018, s.583)

⁴ Örneğin 3497 sayılı Kara Sınırlarının Korunması Hakkında Kanunun 2’nci maddesinde Kara sınırlarını korumak ve güvenliğini sağlamak görevinin Kara Kuvvetleri Komutanlığına ait olduğu, bu görevin sınır birliklerince; 1. Kendi sorumluluğunda olan bölgede sınırı korumak ve güvenliğini sağlamak, 2. Gümrük hattındaki giriş ve çıkış kaçakçılığı ile kara sınırları boyunca tesis edilen birinci derece askeri yasak bölge içerisinde suç teşkil eden eylemleri önlemek, suçluları yakalamak, bu bölgede işlenen meşhut suç faillerini ikinci derece askeri yasak bölgede de takip etmek ve yakalamak, failer hakkında zorunlu yasal işlemleri yapmak, yakalanan kişi ve suç delillerini ilgisine göre mahalli güvenlik kuvvetlerine teslim etmek şeklinde yerine getirileceği, sınır birlikleri mensuplarının kendilerine bu Kanun ile verilen görevlerin yapılmasında; diğer kanunların, silah kullanma yetkisi dahil, güvenlik kuvvetlerine tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahip oldukları; 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 11’inci maddesinde genel kolluk kuvvetlerinin imkân ve kabiliyetlerini aşan durumlarda terörle mücadele için gerekli olması veya terör eylemlerinin kamu düzenini ciddi şekilde bozması hâlinde görevlendirilen Türk Silahlı Kuvvetleri birlikleri ve personelinin 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununda belirtilen yetkiler ile kolluk kuvvetlerinin genel güvenliği sağlamada sahip olduğu yetkileri kullanarak verilen görevleri yerine getireceği hüküm altına alınmıştır.

ortaya çıkmaktadır. O halde sorulması gereken soru yurt dışında icra edilen askerî harekâtlarda ülkemiz yargı yetkisine kapsamındaki olay veya suçlara vakıf olunması halinde ne şekilde hareket edileceğidir.

Yurt dışında işlenmiş olmakla birlikte ülkemiz yargı yetkisine tabi suçlar 5237 sayılı TCK'nın 8 ila 13'üncü maddelerinde sayılmıştır. Biz çalışmanın konusu doğrultusunda yurt dışında yalnızca yabancı terörist savaşçılar tarafından işlenen suçlar yönünden açıklama yapmakla yetineceğiz. TCK'nın 13'üncü maddesi kapsamındaki bu suçların işlenmesi halinde TSK unsurları tarafından kolluk gücü gibi tahkikat yapılabilir mi, kanıt toplanabilir mi? Bu hususta mevzuatımızda herhangi bir norm bulunmamaktadır. Bu gibi durumlarda Cumhuriyet savcılarının talimatıyla adli kolluk görevlilerinin olaya ilişkin tahkikat yapmaları kuşkusuz en uygun hareket tarzı olacaktır. Harekât bölgesindeki silahlı çatışmaların adli kolluk görevlilerinin intikalini ve çalışmasını neredeyse imkânsız kılması halinde ise Cumhuriyet savcılarının talimatıyla TSK unsurları tarafından olaya ilişkin tespitlerin kayıt altına alınmasından ve kanıtların muhafaza altına alınmasından başka çare bulunmamaktadır.

Türkiye'nin Suriye'de icra ettiği terörle mücadele harekâtları PKK-PYD/YPG yanında DAEŞ terör örgütüne karşı da büyük bir darbe teşkil etmektedir. Cezaevlerimizde DAEŞ ile iltisaklı yabancı tutuklu ve hükümlüler bulunmaktadır. Türkiye, yabancı terörist savaşçılar sorunu bağlamında özellikle kaynak ülkelerin daha fazla sorumluluk üstlenmelerinin icap ettiği görüşünü savunmaktadır. Bu bağlamda, çatışma bölgelerinde veya üçüncü ülkelerde ele geçirilen yabancı terörist savaşçıların kaynak ülkelere kabul edilerek buralarda yargılanmalarının zaruret arz ettiği ilgili taraflara her vesileyle hatırlatılmaktadır. ((Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, 2022) 2023) Türkiye, yurt dışında icra edilen askerî harekâtlarda ele geçirdiği PKK-PYD/YPG terör örgütü üyelerini hangi milletten olursa olsun yargılamakta, DAEŞ terör örgütü mensuplarından ise kendi vatandaşlarını yargılamakta, vatandaşı olmayan yabancı terörist savaşçıları ise yargılanmak üzere vatandaşı olduğu ülkelere göndermektedir.⁵

Muharebe sahasından kanıt toplama konusu esasen kolluk kuvvetlerinin ulusal düzeyde icra ettikleri olay yeri incelemesi ve kanıt toplama faaliyetinin muharebe alanında cereyan eden şeklidir. Anılan konular

⁵ 2011 yılından 02.08.2022 tarihinde kadar 102 farklı uyruktan toplam 9.000 yabancı terörist savaşçı sınır dışı edilmiştir. Bu rakama dünyanın birçok bölgesinden DAEŞ'e katılmak üzere Türkiye'ye gelip sınırlarımız dışına çıkmadan yakalananlar da dahildir. <https://www.icisleri.gov.tr/2011-yilindan-gunumuze-102-farkli-uyruktan-9-bin-yabanci-terorist-savasci-sinir-disi-edildi> (çevrimiçi, 10.02.2023)

yurt dışında icra edilen bir harekâta muharebe sahasındaki faaliyetlere dair olduğunda hem uluslararası hukuku (insan hakları hukuku, silahlı çatışma hukuku) hem de iç hukuku ilgilendirmektedir. Bir silahlı çatışma sırasında ya da sonrasında sahadan kanıt toplama faaliyeti silahlı kuvvetler mensupları tarafından bir nevi adli kolluk gibi yerine getirilirken ulusal ve uluslararası hukuka uygun riayet edilmediğinde hem devlet hem de kişisel sorumluluk söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle muharebe sahasından kanıt toplama faaliyetlerinin usul ve esaslarının uluslararası uygulamalar çerçevesinde yürütülmesi önem arz etmektedir.

Suriye ve Irak'ta yürütülen harekâtlar sırasında ele geçirilen terör örgütü mensupları silahlı çatışma hukukuna göre savaşan statüsünde bulunmadıklarından ve bu nedenle Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi (3 Nolu Cenevre Sözleşmesi) çerçevesinde savaş esiri kabul edilmediklerinden dolayı, hukuksal olarak yurt dışında devletin güvenliğine karşı suç işleyen kişiler olarak kabul edilmektedirler. Fırat Kalkanı, Zeytin Dalı ve Barış Pınarı harekâtlarında ele geçirilen teröristler hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu mucibince Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından gerekli adli işlemler yapılmış ve yapılmaya devam edilmektedir. Ele geçirilen teröristlerin yargulamalarının sıhhati bakımından TSK personelinin kanıt toplama, muhafaza gibi kolluk kuvvetlerine özgü faaliyetlerde eğitilmeleri önem arz etmektedir.

DAEŞ ile mücadele bağlamında Uluslararası Koalisyon tarafından ele geçirilen DAEŞ mensubu teröristler uluslararası ceza hukukunda bazı suçlar için (Soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar) kabul edilen “evrensel yargı yetkisi” prensibi doğrultusunda suçların işlendikleri devlet ülkesi dışında da yargılanabilmektedirler. Örneğin TSK unsurları tarafından Suriye’de yakalanan bir DAEŞ mensubunun yargılama yapmaya istekli başka bir ülkeye teslim edilmesi hukuken mümkündür. Yine Suriye’de üçüncü bir devlet unsurları tarafından yakalanan bir DAEŞ mensubunun yargılanmak üzere ülkemize teslim edilmesi de hukuken mümkündür. (5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 13’üncü maddesi 1’inci fıkrası fail veya mağdurun Türk vatandaşı olmasını ya da suçun Türkiye’de işlenmesini aramaksızın bazı suçların yabancı ülkede işlenmesi halinde dahi Türk Kanunlarının uygulanmasına cevaz vermiştir.) Evrensel yargı yetkisine tabi suçlarda yakalayan devletten başka bir devletin yargılama yapabilme yetkisinin bulunması muharebe sahasından kanıt toplamayı önemli kılmaktadır. Zira burada yargılamanın yakalayan devletten başka bir devlet tarafından yapılması söz konusu olmaktadır. Askerî harekâtlarda kanıt toplama faaliyetlerinin uluslararası

alandaki usul ve esaslarının belirlenmesi yargılama yapacak devletin yargısal faaliyetini kolaylaştıracak, birtakım usuli eksiklikler nedeniyle ele geçirilen teröristlerin cezasız kalmaları önlenecektir.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin normal şartlarda adli süreçler kapsamında muharebe sahasında kanıt toplama görev ve sorumluluğu bulunmamakla birlikte, muharebe sahasında kanıt toplama faaliyetine konu olabilecek olaylar icra edilen yurt dışı harekâtlarda ivedilikle adli makamlara bildirilmekte, adli makamların emir ve talimatları kapsamında delil teşkil edebilecek materyaller muhafaza altına alınmakta ve adli makamların talimatı doğrultusunda kolluk kuvvetlerine teslim edilmektedir. Yurt dışında icra edilen harekâtlarda adli makamların talimatları yerine getirilirken suçluların yasal mevzuat çerçevesinde yargılanmalarını sağlamak amacıyla evrensel insan hakları ile insancıl hukuk prensiplerine titizlikle riayet edilmektedir.

Sonuç

Her devlet küresel terörizmle mücadele kapsamında yabancı terörist savaşçıların yargılanmasına yönelik olarak üzerine düşeni yapmalıdır. Devletler bu manada “yargıla ya da yargılanmak üzere teslim et” prensibini takip etmelidirler. Yabancı terörist savaşçıların yargılamalarının sağlıklı yapılarak sonuç alınabilmesi için bunlar hakkındaki soruşturmaların ulusal ve uluslararası hukukun öngördüğü kurallara uygun yürütülmesi gerekir. Bu kurallardan bir bölümü de kanıtların hukuka uygun toplanması, muhafaza edilmesi ve transferidir.

Başka ülkelerde icra edilen harekâtlar sırasında muharebe sahasından kanıt toplanması görevinin esasen silahlı kuvvetlere tevdi edilmemesi gerektiği yönünde uluslararası kamuoyunda genel bir kabul bulunmaktadır. Bununla birlikte terör örgütlerine yönelik harekâtlar sırasında muharebe sahasının durumunun kolluk kuvvetleri ile savcı ve hakimlerin kanıt toplama faaliyetini gerçekleştirmelerini imkânsız hale getirmesi halinde silahlı kuvvetlerin muharebe sahasından kanıt toplamasının bir ihtiyaç olduğu da kabul edilmektedir. Harekâta katılan silahlı kuvvetlerin askerî öncelikleri ile aslen kolluk kuvvetleri ve adli makamlar tarafından icra edilmesi gereken kanıt toplama faaliyetlerinin gerektirdiği uzmanlık ve kanıtların hassasiyetle toplanmasında yaşanan aksaklıklar dikkate alınarak, silahlı kuvvetlerin muharebe sahasından kanıt toplama zorunda kaldığı zamanlarda başvurulabilecek uluslararası alanda kabul görmüş usul ve esasların bulunması gerektiği son yıllarda uluslararası kamuoyu tarafından kabul edilmektedir.

Silahlı kuvvetlere kanıt toplama görevi verildiği takdirde hukuk devleti ilkesi her zaman göz önünde tutulmalı, ulusal ve uluslararası hukuka göre cezalandırılması öngörülen terörist aktiviteler insan hakları hukuku, insancıl hukuk ve mülteci hukuku başta olmak üzere ulusal ve uluslararası hukuk doğrultusunda adalet önüne çıkarılmalıdır.

Söz konusu ihtiyaç nedeniyle silahlı kuvvetlerin muharebe sahasından kanıt toplamasına yönelik olarak insan hakları hukuku ve insancıl hukuk kapsamında yol gösterici mahiyette uluslararası ilkelerin belirlenmesi, ulusal bazda düzenlemeler yapılması uygun olacaktır. Normatif düzenlemelerin yanında silahlı kuvvetlere yönelik olarak eğitim programları planlanmalı, muharebe sahasından kanıt toplanmasına, bunların muhafazasına ve transferine ilişkin silahlı kuvvetler ile sivil aktörler arasında iş birliği mekanizmaları oluşturulmalıdır.

Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından yurt dışında icra edilen harekâtlar dikkate alındığında, harekât sırasında ve sonrasında ulusal ve uluslararası hukukta öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde sahadan kanıt toplama ve bu kanıtları kolluk kuvvetleri ile yargı mercilerine tevdi etme imkân ve kabiliyetine sahip olunmasının önem arz ettiği, bu nedenle uluslararası örgütlerin başını çektiği çalışma, faaliyet ve projelerin yakından takip edilmesinin son derece faydalı olacağı değerlendirilmelidir.

Ek Beyan/ Declaration

Makalenin tüm süreçlerinde TESAM'ın araştırma ve yayın etiği ilkelerine uygun olarak hareket edilmiştir.

Bu çalışmada herhangi bir potansiyel çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

In all processes of the article, TESAM's research and publication ethics principles were followed.

There is no potential conflict of interest in this study.

The author declared that this study has received no financial support.

Kaynakça

Antoniadis, A. ve Bekou, O. (2007). The European Union and the international criminal court: An awkward symbiosis in interesting times. *International Criminal Law Review*, 7(4), 2-30.

Bilkova, V. (2018). Foreign terrorist fighters and international law. *Terrorism and International Law*, 6(1), 1-23.

Correa, C. (2021). *A Transitional justice approach to foreign fighters*. Newyork: IJTC.

Cryer, R. (2020). *The UN Guidelines on "Battlefield" evidence and terrorist offences: A frame, a monet, or a patchwork?*. Erişim tarihi: 15.12.2022, <https://www.justsecurity.org/72094/the-un-guidelines-on-battlefield-evidence-and-terrorist-offences-a-frame-a-monet-or-a-patchwork/>.

Cuyckens, H. (2021). Foreign fighters and the tension between counterterrorism and international humanitarian law: A case for cumulative prosecution where possible. *IRRC*, 103(916), 581-603.

Çakır, K. ve Gökçen, A. (2019). Ceza muhakemesinde delil, delillerin muhafazası, toplanması, değerlendirilmesi ve delil yasakları. *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C21(Özel Sayı), 2911-2952.

Demirden, A. (2020). *Yabancı terörist savaşçılar: Geri dönenler*. Ankara: Polis Akademisi Yayınları.

Doğru, O. ve Nalbant, A. (2016). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Cilt 1)*. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Helmberg, M. (2015). 'Eurojust and joint investigation teams: How Eurojust can support JITs (Çev. Ali Rıza Töngür). *Küresel Bakış*, 5(16), 1-8.

Hoffman, A ve Furlan, M. (2020). *Challenges posed by returning foreign fighters*. Washington: The George Washington University.

ICRC. (2019). *Uluslararası Kızılhaç Komitesi 70. yıl raporu*. Cenevre: ICRC.

Ölçer, P. (2011). Illegally obtained evidence in European Treaty of Human Rights (ETHR) Law. *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 40(57), 65-153.

Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, R., Gezer, Ö. S., Saygılar, Y., Akcan, E. A., Tok, M. C. (2018). *Nazari ve uygulamalı ceza muhakemesi hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları.

Paulussen, C. ve Mehra, T. (2021). *Evidentiary and charging matters in the context of prosecuting returning foreign fighters before national courts*. Hague: ASSER.

Şahin, G. ve Aydın, A. (2021). Suriye'deki Rus vatandaşı yabancı terörist savaşçıların Rusya'nın iç güvenliğine etkileri. *Güvenlik Çalışmaları Dergisi*, 23(2), 158-177.

Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı. (2022). Erişim tarihi: 19.10.2022, https://www.mfa.gov.tr/turkiye_nin-yabanci-terorist-savascilarla-mucadelesi.tr.mfa.

Yalçınkaya, H. (2017). IŞİD'in yabancı savaşçıları ve tarattığı tehdit: Türkiye'nin tecrübesi (2014-2016). *Uluslararası İlişkiler*, 14(53), 23-43.