Avrupa Birliği tarafından
finanse edilmektedir.

CEZASIZLIKLA MÜCADELE EĞİTİMİ REHBERİ

Cezasızlıkla Mücadelede Güçbirliği Ağı

Av. Hasan Kemal Elban
Av. Hülya Dinçer
Av. Furkan Açıkgöz

CEZASIZLIKLA
MÜCADELEDE
GÜÇBİRLİĞİ

Kapasite
Geliştirme
Derneği

CEZASIZLIKLA
MÜCADELEDE
GÜÇBİRLİĞİ

CEZASIZLIKLA MÜCADELE EĞİTİMİ REHBERİ

Cezasızlıkla Mücadelede Güçbirliği Ağı

Av. Hasan Kemal Elban
Av. Hülya Dinçer
Av. Furkan Açıkgöz

Ankara – Ocak 2021

Bu yayın, Avrupa Birliği tarafından finanse edilen, Merkezi Finans ve İhale Birimi yöneticiliğinde KAGED ve Sivil Toplum Geliştirme Merkezi tarafından yürütülen "Örgütlenme Özgürlüğü ve Katılım Hakkının Daha Fazla Geliştirilmesi İçin Sivil Toplum Örgütleri ve Sivil Ağların Kapasitesinin Geliştirilmesi" projesi kapsamında yayınlanmıştır. Avrupa Birliği ve Merkezi Finans ve İhale Birimi'nin resmi görüşlerini yansıtmamaktadır.

İÇİNDEKİLER

Önsöz ... 3
1. Eğitim Rehberine Genel Bakış ... 5
1.a. Eğitim rehberi ne amaçlıyor? ... 5
1.b. Bu eğitim rehberi kimin için hazırlandı? ... 5
1.c. Eğitim modüllerinin hedef yararlanıcıları kimdir? ... 5

2. Eğitim Programının planlanması ... 6
2.a. Katılımcıların ihtiyaçlarını belirlemek için eğitim ihtiyaç analizi yapmak ... 6
2.b. Doğru oturumların seçilmesi ... 7

3. Bir eğitim programı hazırlamak ... 7
3.a. Eğitim ekibinin seçimi ... 7
3.b. Ek bilginin toplanması ... 7
3.c. Bağlama özel hazırlık ... 7
3.d. Cinsiyet, yaş, deneyim dengesi ve erişilebilirlik ... 8

4. Değerlendirme ... 8

MODÜL I: Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişim Dinamikleri Üzerinden Cezasızlığı Anlamak ... 13

Modül Özeti ... 13
I.1. Giriş: ... 13

I.2. Nürnberg Mahkemesi öncesi savaş suçlarını yargılama girişimleri ... 15
I.2.a. Savaş suçlarını ilk yargılama girişimleri – I: Paris Konferansı ve Leipzig Yargılamaları ... 16
I.2.b. Savaş suçlarını ilk yargılama girişimleri – II: İstanbul Divan-ı Harb-i Örfi Mahkemesi Yargılamaları ... 17

I.3. Nürnberg Mahkemesi ve yargılamaları: uluslararası ceza hukukunun doğuşu ... 18
I.3.a. Nürnberg Mahkemesi'nin kuruluş süreci- siyasal tartışmalar ... 18
I.3.b. Nürnberg Mahkemesi'nin kuruluş süreci- hukuksal temeller ... 20
I.3.c. Savcı Jackson'un Nürnberg yargılamalarını açılış konuşması ve uluslararası ceza hukukunun doğum sancıları ... 21

I.4. Nürnberg'in mirası ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluş süreci ve uluslararası ceza hukukunun geleceği ... 23

I.5. Uluslararası ceza sorumluluğunun kişiselliği: Nürnberg yargılamasından UCM'ye uluslararası ceza hukukunun normatif karakterinin belirginleşmesi ... 25

I.6. Uluslararası hukuk ve insan hakları hukukundaki sorumluluk biçimleri ile uluslararası ceza sorumluluğu arasındaki temel farklar ... 27

I.7. Uluslararası ceza sorumluluğunun kaynağı: Uluslararası ceza hukuku v. ulusal ceza hukuku ... 28
I.7.a. Grup sorumluluğu ... 30
I.7.b. Suçlanabilirlik (ceza ehliyeti) ... 31
I.7.c. Uluslararası manevi unsur (international mens rea) ... 33
I.7.d. Kitlesel şiddet ... 35

I.8. Uluslararası Ceza Hukukunun Esaslı Normu Olarak Cezasızlık ... 36
I.8.a. Cezasızlığa af taleplerinin tarihsel dönüşümü üzerinden bakmak ... 38
I.8.b. Uluslararası İnsan Hakları organlarının cezasızlıkla ilgili hukuki söyleminin doğuşu ... 39
I.8.c. Birleşmiş Milletler ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemlerinde üretilen belgeler ile insan hakları yargı organlarının içtihatlarında cezasızlık ... 40
I.8.d. Birleşmiş Milletler Sözleşme Organlarının ürettikleri belgeler ve kararlarda cezasızlık ... 41
I.8.e. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi ve cezasızlık ... 45

I.9. Cezasızlığa ilişkin uluslararası hukuk normlarının ortaya çıkışı ... 47
I.9.a. Cezasızlığa Karşı Güncellenmiş İlkeler Demeti ... 48
I.9.b. Cezasızlığın Kaldırılması İçin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri ... 49

MODÜL II: Uluslararası insan hakları hukukunun bileşeni olarak cezasızlık ... 53

II.1. Genel yaklaşım ... 53

II.2. Uluslararası ceza hukukunun ciddi ihlalleri ile ağır insan hakları ihlalleri ... 53
II.2.a. Uluslararası ceza hukuku ve insancıl hukuk bakımından ağır insan hakları ihlalleri ... 53
II.2.b. İnsanlığa karşı suçlar ... 57
II.2.c. Uluslararası insancıl hukukunun ağır ihlali ve savaş suçları ... 60
II.2.d. Uluslararası suçların özerkliği ilkesi ... 63

II.3. Uluslararası insan hakları hukukunda ağır insan hakları ihlalleri ... 65
II.3.a. Genel yaklaşım ... 65
II.3.b. Yaşam Hakkı ... 66
II.3.c. Zorla ve İrade Dışı Kaybetmeler ... 75

MODÜL III: Devletin Genel Yükümlülükleri ve Cezasızlık ... 83

III.1. Genel yaklaşım ve ilkeler ... 83

III.2. Saygı yükümlülüğü ... 83

III.3. Koruma ve önleme yükümlülüğü ... 84

III.4. Güvence altına alma yükümlülüğünün kapsamı ... 86

III.5. Devletin mevzuatını ve devlet aygıtını uyumlaştırma yükümlülüğü ... 87

III.6. Ahde Vefa – Pacta sunt servanda ilkesi ... 88

MODÜL IV: Cezasızlık ve Etkili Başvuru Yolu Hakkı ... 95

IV.1. Genel yaklaşım ... 95

IV.2. Etkili başvuru yolu hakkı ... 95
IV.2.a. Başvuru yolu (remedy) teriminin kapsamına yönelik belirlemeler ... 95
IV.2.b. Etkili başvuru yolu (remedy) hakkının içeriği ve kapsamı ... 96
IV.2.c. Etkili başvuru yolu hakkının yükümlülük azaltılamaz niteliği ile kendi başına ileri sürülebilen bağımsız bir hak olması ... 99
IV.2.d. Başvuru yolunun yargısal niteliği ... 101

IV.3. Etkili Başvuru Yolu ile diğer usuli haklar arasındaki ilişki ... 103
IV.3.a. Haksız tutmaya karşı yargısal denetim hakkı ve Başvuru yolu Hakkı ... 103
IV.3.b. Adil yargılanma hakkı ve Başvuru yolu Hakkı ... 104

IV.4. Başvuru yolunun hızı ve etkililiği ile olan ilişkisi ... 105

IV.5. Başvuru yolunun erişilebilirliği ile etkililiği ilişkisi ... 106

MODÜL V: Ağır insan hakları ihlallerinin giderimi hakkı ve cezasızlık ... 109

V.1. Genel olarak ihlalin giderimi hakkı ... 109

V.2. Giderim sağlama yükümlülüğünün hukuki niteliği ... 110
V.2.a. Genel belirlemeler ... 110
V.2.b. Birleşmiş Milletler Başvuru Yolu ve Giderim İlkelerinin konuya katkısı ... 110

V.3. "Mağdur" ve "zarar gören taraf" ayrımları ... 112
V.3.a. Mağdur kavramının ve ayrımlarının belirlenmesi ... 112
V.3.b. Zarara uğrama kavramı ... 113

V.4. Giderim türleri ... 114
V.4.a. Genel belirlemeler ... 114
V.4.b. Süregelen ihlalin durdurulması ... 115
V.4.c. Eski hale iade ... 115
V.4.d. Tazmin ... 118
V.4.e. Rehabilitasyon ... 126
V.4.f. Tatmin ... 127
V.4.g. İhlalin yinelemesine karşı güvenceler ... 129

MODÜL VI: Soruşturma yükümlülüğü ... 135

VI.1. Genel belirlemeler ... 135

VI.2. Soruşturma yükümlülüğünün hukuki temelleri ... 136

VI.3. Etkili bir soruşturmanın özellikleri ... 139
VI.3.a. Resen soruşturma ilkesi ... 141
VI.3.b. Soruşturmanın derhal başlatılması ve makul hızlılık içinde tamamlanması ilkesi ... 142
VI.3.c. Soruşturmanın bağımsızlık ve tarafsızlığı ilkesi ... 142
VI.3.d. Soruşturmanın yeterliliği ya da tamlığı ilkesi ... 146
IV.3.e. Soruşturmanın saydamlığı ilkesi ... 151
IV.3.f. Şikayetçilerin, mağdurların, yakınlarının ve tanıkların misillemelere karşı korunması ... 154

VI.4. Zorla kaybetme fiillerine özgü etkili soruşturma sorunları ... 154

MODÜL VII: İnsan Hakları İhlallerini Yargılama ve Cezalandırma Yükümlülüğü ... 159

VII.1. Genel belirlemeler ... 159

VII.2. İnsan hakları ihlallerini kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğünün kapsamı ... 159
VII.2.a. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ... 160
VII.2.b. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ... 160
VII.2.c. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ... 161

VII.3. Ağır insan hakları ihlalleri bakımından yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü ... 163
VII.3.a. İşkence ve kötü muamele yasağı ... 164
VII.3.b. Hukukdışı, yargısız ve keyfi infazlar ... 165
VII.3.c. Zorla Kaybetmeler ... 166
VII.3.d. Diğer ağır insan hakları ihlalleri ... 167

VII.4. İç hukuktaki fail yargılamalarında mağdurların, yakınları ve tanıklarının hakları ... 167

MODÜL VIII: Cezasızlık bağlamında insan hakları ihlali faillerinin yargılama ve cezalandırma yükümlülüğüne özgü ceza usul sorunları ... 173

VIII.1. Yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü adil yargılanma hakkı ilişkisine yönelik usuli sorunlar ... 173
VIII.1.a. Mahkeme hakkı ... 173
VIII.1.b. Deliller ve tanık delili ... 175
VIII.1.c. Mahkûmiyet ve cezasızlık ... 178

VIII.2. Yasallık ilkesi ve geriye yürümezlik ... 180
VIII.2.a. Yasallık ilkesi ... 180
VIII.2.b. Ceza yasalarının geriye yürümezliği ilkesi ... 185

MODÜL IX: Cezasızlık üreten af ve zamanaşımı uygulamaları ... 189

IX.1. Af ve benzeri uygulamalar ile Cezasızlık ... 189

IX.2. Cezasızlık ve zamanaşımı ... 191
IX.2.a. Uluslararası hukuk uyarınca zamanaşımı uygulanamaz suçlar ... 191
IX.2.b. Ağır insan hakları ihlallerinde zamanaşımı uygulamasına getirilen sınırlamalar ve cezasızlık ... 194
IX.2.c. Zamanaşımı kurallarının geçerlilik koşulları ve cezasızlık ... 196

MODÜL X: Hakikat Hakkı ... 201

X.1. Geçiş dönemi adaleti ve hakikate erişim ... 201

X.2. İnsan Hakları Belgelerinde Hakikat Hakkı ... 202

X.3. Uluslararası Sözleşmelerde Hakikat Hakkı ... 203
X.3.a. Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri'nde "Bilme Hakkı" ... 203
X.3.b. Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme'de Hakikat Hakkı ... 203

X.4. Uluslararası Örgütlerin Belgelerinde Hakikat Hakkı ... 204
X.4.a. Birleşmiş Milletler Belgelerinde Hakikat Hakkı ... 204
X.4.b. Amerikan Devletleri Örgütü Belgelerinde Hakikat Hakkı ... 206
X.4.c. Avrupa Bölgesel Örgütleri Kararlarında Hakikat Hakkı ... 208
X.4.d. Afrika Birliği Örgütü Belgelerinde Hakikat Hakkı ... 209

X.5. Uluslararası İnsan Hakları İçtihadında Hakikat Hakkı ... 209
X.5.a. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarında "Bilme Hakkı" ... 209
X.5.b. Amerikalılar arası İnsan Hakları Denetim Organları Kararlarında Hakikat Hakkı ... 210
X.5.c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakikat Hakkı ... 212
X.5.d. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu ve Mahkemesi önünde Hakikat Hakkı ... 214

X.6. Sonuç ... 214

MODÜL XI: Türkiye'de cezasızlıkla mücadele ... 219

XI.1. Devletin şiddet kullanma tekeli ... 219

XI.2. Yakın Dönem Türkiye'sinde Devlet şiddetinin Tarihi ... 220
XI.2.a. 1980 öncesine Kısa Bir Bakış ... 220
XI.2.b. Cezasızlığın hukukileşmesi; Türkiye'de 80'li yıllar ... 222

XI.2.c. 90'lı yıllar: Zorla Kaybetmeler ve Yargısız ve Keyfi İnfazlar 223
XI.2.d. AB ile ilişkilerin Getirdikleri, Cezasızlıkla Mücadeleye Dair Umudun Yeşermesi ve Yine Hüsran: 2000'li Yıllar ve 'Yeni Türkiye' 225

XI.3. Türkiye'de insan hakları hareketinin kısa tarihi 225

XI.4. Türkiye'nin cezasızlık pratiği, soruşturmalar, kovuşturmalar ve süre giden arayışlar 226
XI.4.a Türkiye'de Cezasızlığın Görünüm Biçimleri 226
XI.4.b. Türkiye'de Cezasızlık Pratiğinin Simge Davaları 227

MODÜL XII: Türk ceza adaletinin cezasızlık üreten yapısal sorunları 235

XII.1.Türkiye'nin cezasızlık kültürünün yapısal kaynakları 235
XII.1.a. Yapısal Sorunlar 1 – Yargıçların zihniyet kalıpları 235
XII.1.b. Yapısal Sorunlar 2 – Savcılık kurumunun hukuk devletinde olması gereken asgari bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerindeki eksiklikler 237
XII.1.c. Yapısal Sorunlar 3 – Yasalarla üretilen cezasızlık 239
XI.1.d. Kamu görevlilerine yasalarla getirilen imtiyazların etkili soruşturma yükümlülüğüne yönelik cezasızlık etkisi 242

XII.2. Türk ceza yargılaması uygulamasında üretilen cezasızlık pratikleri 245
XII.2.a. Soruşturmaların bağımsız bir adli kolluk tarafından yürütülmesinde yaşanan güçlükler 245
XII.2.b. Soruşturma dosyalarına erişimin kısıtlanması kararları 246
XII.2.c. Faile ihlalin ağırlığıyla orantılı ceza verilmemesi 247

XII.3. Soruşturmanın etkisiz olduğunun anlaşıldığı anın belirlenmesi ve buna bağlanan sonuçlar 250

EK - 1: CEZASIZLIKLA MÜCADELE YOLUYLA İNSAN HAKLARININ KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ İÇİN GÜNCELLENMİŞ İLKELER DEMETİ 259

EK - 2: AĞIR ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU İHLALLERİ VE CİDDİ ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK İHLALLERİ MAĞDURLARI İÇİN BAŞVURU YOLU VE GİDERİM HAKKINA DAİR TEMEL İLKELER VE REHBER KURALLAR 273

EK - 3: AĞIR İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDE CEZASIZLIĞIN ORTADAN KALDIRILMASI AVRUPA KONSEYİ REHBER İLKELERİ 283

EĞİTİM REHBERİ HAKKINDA

Önsöz

Cezasızlıkla Mücadelede Güçbirliği Ağı (CMG); geçmişte işlenen ağır insan hakları ve insanlığa karşı suçların ortaya çıkarılması konusunda çalışmalar yapan İHD, TESEV, Adalet, Hakikat ve Hafıza Merkezi, Diyarbakır Barosu, Batman Barosu, Şırnak Barosu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Yurttaşlar Derneği, Uluslararası Af Örgütü, Human Rights Watch, Adli Tıp Uzmanları Derneği, AÜ SBF İnsan Hakları Merkezi tarafından 2013 yılında oluşturulmuştur.

CMG 2013-2016 yılları arasında konuyla ilgili mahkemelerin izlenmesi, dava takipleri, davaların kamuoyuna duyurulması, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Şikayet Hakkı'nın etkin kullanımı için üçüncü taraf raporlarının hazırlanması, yasal değişiklikler için kampanyalar yapılması gibi çalışmalar gerçekleştirmiştir. Cezasızlıkla Mücadelede Güçbirliği Ağı, cezasızlık alanında çalışan insan hakları örgütleri, baroların insan hakları merkezleri ile bireysel avukatlardan oluşmaktadır.

CMG'nin Ocak 2019 tarihli toplantısında derli toplu bir cezasızlık eğitimi oluşturulmasının, alanda çalışan avukatlar ve insan hakları aktivistleri için bir ihtiyaç olduğu saptamasından hareketle bir Cezasızlıkla Mücadele Eğitim Kiti oluşturulmasına karar vermiştir. Elinizdeki bu belge anılan eğitim kitinin ana gövdesini oluşturan Cezasızlıkla Mücadele Eğitim Rehberidir.

Rehber, cezasızlık eğitimi vereceklere konu hakkında derli toplu bir temel çerçeve sunmayı amaçlamaktadır. Kuşkusuz bu konuda ilgilenenlerin derinleşebileceği başka kaynaklar bulunmakla birlikte bunlar derli toplu ve bütüncül bir cezasızlık incelemesi olmaktan uzaktır. Yine bu Rehberin hazırlanması sırasında sistemli ve bütüncül bir Türkçe kaynak bulmakta da oldukça zorlanılmıştır. Yine de bu alanda İnsan Hakları Ortak Platformu'nun ve yine ağın bileşenlerinden Hakikat Adalet Hafıza Merkezi'nin konuyla ilgili yayınlarından mümkün olduğunca yararlanılmıştır. Rehberin amaçları bakımından bu çalışma ağırlıklı olarak konuya ilişkin İngilizce kaynaklar taranarak hazırlanmıştır. Bunun bir nedeni, eğitim amaçlı insan hakları materyallerinin bolluğu ve konuya ilişkin sistematik bilgi sunmalarıdır.

Eğitim rehberini hazırlama konusunda görev üstlenen ağ bileşenlerinden Antalya Barosu İnsan Hakları Merkezi tarafından bir taslak müfredat hazırlanmış ve bu müfredatın ağ bileşenleri tarafından benimsenmesi üzerine, Cezasızlıkla Mücadele Eğitimi Programının ana gövdesini oluşturan üç ana bölüm ve on bir modülden oluşan bu Rehber ortaya çıkmıştır.

Cezasızlığa ilişkin kapsamlı bir eğitim programı oluşturulması konusundaki fikrin olgunlaşması ve Rehberi hazırlanmam için beni yüreklendiren Cezasızlıkla Mücadelede Güçbirliği Ağı Sekreteryası'nı üstlenen arkadaşlarım Feray Salman ile Ezgi Koman'a; Rehberin yazımı sırasında taslak metinleri okuyup değerli eleştiri ve önerilerini esirgemeyen Hakikat Adalet Hafıza Merkezi'nden Av. *Emel Ataktürk* ve *Gülistan Zeren*'e; İHOP'tan *Feray Salman* ile Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezinden Av. Dr. *Kerem Altıparmak*'a özel teşekkürü bir borç biliyorum. Ayrıca yardımını Rehberin bütününe yönelik eleştiri ve önerilerde bulunmakla sınırlamayıp Rehberin Hakikat Hakkı'na ilişkin 10. modülünü hazırlayan Av. Dr. Hülya Dinçer'e ve Türkiye'de cezasızlıkla mücadelenin tarihi ve simge davaların yer aldığı 11. modülü hazırlayan Antalya Barosu İnsan Hakları Merkezi'nden çalışma arkadaşım Av. Furkan Açıkgöz'e de kattıkları zenginlik ve derinlik için özel teşekkürlerimi sunmak isterim. Son olarak, taslak metindeki ifade bozuklukları ve imla hataları yönünden metni gözden geçirerek düzelten ve bütün bu Rehberin yazımı süresince günlük rutin sorumlulukların yükünü üzerimden alan sevgili meslektaşım ve eşim Av. Serpil Yalçın Elban ile yokluğuma katlanan kızım Sumru'ya minnetimi ifade edecek kelimeler yetersiz geliyor. Onlar olmasa elinizdeki bu çalışma da gerçekleşemezdi.

Av. Hasan Kemal Elban

1). Eğitim Rehberine Genel Bakış

1.(a). Eğitim rehberi ne amaçlıyor?

Elinizdeki Eğitim Rehberi, asıl olarak cezasızlıkla mücadeleye dair eğitim programlarının kolaylaştırıcılarına yardımcı olmak için hazırlanmıştır. Ancak rehber cezasızlıkla mücadeleye adanmış başka eğitim programlarının geliştirilmesinde kullanılabileceği gibi cezasızlığa ilişkin genel bir bilgi kaynağı olarak da kullanılabilir. Eğitim Rehberi, görece olarak ideali azami 20 katılımcılı küçük grupları amaçlayan; kolaylaştırıcı ve katılımcılar ile katılımcıların kendileri arasındaki diyalog ve fikir alışverişini cesaretlendiren sunumlar ile grup etkinlikleri karışımından oluşturulmuştur.

1.(b). Bu eğitim rehberi kimin için hazırlandı?

Eğitim Rehberi, öncelikle kolaylaştırıcılar ve hali hazırda uluslararası insan hakları sistemi bilgisine sahip olan diğerleri ile cezasızlık konusunda eğitimci olması arzu edilenler için hazırlanmıştır. Başka bir deyişle, Rehber insan hakları standartları, terminolojisi ve mekanizmaları hakkında asgari bir bilgi temelinin katılımcılarda bulunduğunu, ancak cezasızlığa ilişkin ayrıntılı bilgi sahibi olunmadığını var sayar.

1.(c). Eğitim modüllerinin hedef yararlanıcıları kimdir?

Eğitim modülleri insan hakları alanında çalışan geniş bir kitleyi hedeflemektedir. İnsan hakları hukuku içinde önemli bir yer tutan cezasızlık kavramının kökenleri, içeriği ve kapsamını derinlemesine tanıtmak; cezasızlıkla mücadele eden insan hakları savunucularına gündelik pratiklerinde kullanabilecekleri araçların sunulması amaçlanmaktadır. Bu anlamda bu Rehberde oluşturulan modüller temelinde hazırlanacak eğitim kurslarının başlıca yararlanıcısı:

- Avukatlar
- İnsan hakları örgütlerinin çalışanları
- İnsan hakları savunucuları
- Sivil toplum örgütlerinin çalışanları
- Medya temsilcileri

olarak düşünülmüştür.

Elinizdeki bu rehber, kolaylaştırıcıların karşılaşabileceği olası her türlü bilgi boşluğunu mümkün olduğunca doldurmayı ve bu anlamda oturumdan önce bir destek sağlaması amaçlanmıştır. Bununla birlikte, kolaylaştırıcılar, sunumun katılımcılarla bir tartışmadan çok bir monologa dönüşmemesi için Eğitim Rehberini eğitim oturumlarının planlanmasında bir kaynak olarak kullanmalı, ancak bir dayanak olarak kullanmaktan kaçınmalıdır.

Kolaylaştırıcılar, Eğitim Rehberindeki materyalleri katılımcıların düzeyine uyarlamalıdır. Her eğitim kursunun on bir modülü de kapsaması veya modüllerin belirli bir sırayla veya her modülün tüm yönleriyle sunulması gerekmez. Akılda tutulması gereken önemli nokta, kolaylaştırıcının katılımcıların ihtiyaçlarını karşılayan bir eğitim programı oluşturacak tarzda bunu sunmasıdır.

Aynı zamanda kolaylaştırıcı, belirli bir bölgeden katılımcılara yönelik program planlanması halinde, kursun verildiği yerel özellikler ve sorunları da dikkate alarak o bölgeyle ilgili örnek-

ler ve malzemeleri önceden programa yedirmelidir. Bu nedenle kolaylaştırıcının bölgeyi öğrenmesi, cezasızlık ile ilgili başlıca ilerlemeleri ve zorlukları tespit etmesi ve yereldeki davalar ve vakalar hakkında bilgi sahibi olması beklenir. Bazen materyalin ve grup faaliyetlerinin içeriğe uyacak şekilde tamamen değiştirilmesi gerekebilir.

2. Eğitim Programının planlanması

2.a. Katılımcıların ihtiyaçlarını belirlemek için eğitim ihtiyaç analizi yapmak[1]

Eğitim Programını oluşturmak için bir ihtiyaç analizinin önceden yapılması, kolaylaştırıcının, eğitim programının tasarımı ile ilgili bilinçli kararlar verebilmesi için olası katılımcıların ihtiyaçlarını ve bilgi düzeylerini tam olarak anlamasını sağlar. Eğitim ihtiyaç analizi, planlanan eğitim programının en uygun içeriği, yöntemleri, teknikleri ve zamanlaması hakkındaki kararların belirlenmesini sağlayacaktır.

Değerlendirme, kolaylaştırıcının, cezasızlık konusunun yeterli bir şekilde içeriğini oluşturmak için gerekli bilgileri toplayarak katılımcıların profilini geliştirmek ve cezasızlıkla mücadeleye dayalı bir yaklaşımı kafalarında oluşturarak katılımcıların kapasite boşluklarını veya ihtiyaçlarını belirlemesini sağlamalıdır.

İhtiyaç ve bilgi düzeyi analizi için kural olarak eğitimden en az on beş gün önce katılımcılara bir program hazırlık anketi gönderilmelidir. Bu bilgiler, eğitim programının tasarlanmasına ve ince ayarının yapılmasına yardımcı olabilir. Program öncesi anket birçok amaca hizmet eder. Program öncesi anket:

- Kurs tasarımı ve katılımcılar hakkında kolaylaştırıcılara veri sağlar;
- Katılımcıları programa katılmazdan önce konuyla ilgilenmeye ve hazırlık için ev ödevlerini yapmaya teşvik eder;
- Katılımcıların bilgi, deneyim ve öz güvenlerindeki artışları izleyecek şekilde kapasitelerini geliştirmek için bir temel sağlar;
- Eğitim programı boyunca deneyim paylaşımına katkıda bulunur.
- Program öncesi anket aşağıdaki bilgileri elde etmeye yönelik soruları içermelidir:
- Katılımcılar cezasızlıkla mücadele ve kapsamı hakkında ne biliyor?
- Katılımcıların konuya ilişkin deneyimlerini, kendilerine duydukları özgüveni ölçmeye çalışın.
- Cezasızlıkla mücadele hakkındaki bilgi ve anlayışlarını nasıl artırmayı bekliyorlar?
- Hangi pratik becerileri geliştirmek istiyorlar?
- Cezasızlıkla mücadele konusunda daha önce ne tür deneyimleri olmuş; şimdi neye odaklanmak istiyorlar?
- Katılımcıların kurstan hangi çıktıları edinmeye ihtiyacı var? İhtiyaç duydukları ayrıntının düzeyi ne ve bu ayrıntı ne işlerine yarayacak?
- Çıktıları ileriye götürmekten kim sorumlu olacak ve kapasiteleri nedir?

1 İhtiyaç değerlendirilmesi eğitimi üzerine daha fazla bilgi için bkz., Equitas – International Centre for Human Rights Education and OHCHR: "*Evaluating Human Rights Training Activities: A Handbook for Human Rights Educators*", Professional Training Series No. 18 (Geneva and Montreal, 2011).

2.b. Doğru oturumların seçilmesi

Eğitim programı her zaman bir açılış ve kapanış oturumu içermelidir. Ancak programın geri kalanı katılımcıların özel ihtiyaçlarını yansıtmalıdır.

Hangi modüllere odaklanacağı katılımcıların cezasızlıkla ilgili kavrayış düzeyleri ile hali hazırda mücadele stratejilerini hangi ölçüde geliştirmeye katkı sağlayabileceklerine bağlı olacaktır. Genellikle dokuz modülün tümünü kapsayacak yeterli zaman olmayacağından bazılarının dışarıda bırakılması gerekebilir. Aynı zamanda, katılımcılar zaten o bilginin farkındaysa, bazı modüllerin belirli yönleri dışarıda bırakılabilir; diğer durumlarda ek *power point* sunumları ve destekleyici materyaller gerekli olabilir veya etkinlikler uyarlanabilir. Kolaylaştırıcı, katılımcıların ihtiyaçlarına uygun ne kullanacağına ve neyi değiştireceğine veya uyarlayacağına karar vermek için önceden tüm bu materyalleri mümkün mertebe okumalıdır.

3. Bir eğitim programı hazırlamak

Ankete verilen yanıtların analizi, kolaylaştırıcıya bilgisayar slayt sunumları ile grup etkinliklerinin içerik ve sürelerini katılımcıların kapasitelerinin ışığında uyarlamak için gerekli bilgiyi sağlamış olacaktır. Bu analiz yapıldıktan sonra modüllerin uygulanma süreleri belirlenmeli ve bu sürelere uyulmasını sağlayıcı ayarlamaların yapıldığından emin olunmalıdır.

3.a. Eğitim ekibinin seçimi

Eğitimci ve kaynak kişilerin seçimi, aşağıdaki ölçütler temelinde gerçekleştirilmelidir:

- Konusunda uzman ve hedef katılımcı ile çalışma deneyimi
- Eğitim paketinin interaktif eğitim yöntemini uygulayabilme yeteneği
- Diğer uygulamacılar arasında mesleki güvenilirlik ve itibar sahibi olmak

Eğitim ekibinin seçiminde, cinsiyet dengesine ve cezasızlıkla mücadele deneyimine sahip kişilerin de katılımına dikkat gösterilmelidir. Buna ek olarak, belirli bir hedef dinleyiciyi eğitirken, eğitim ekibine katılımcılarla iyi bir ilişki kurabilecek birini dahil etmek çok yararlıdır. Son olarak, eğitim ekibi, insan hakları konusundaki uzmanlarla takviye edilmelidir.

3.b. Ek bilginin toplanması

Kolaylaştırıcı şunlara sahip olduğundan emin olmalıdır:

- Belirli hedefler, siyasal süreçler ve iktidar yapıları hakkında yeterli altyapı bilgisi;
- Uluslararası insan hakları organları ve örgütleri hakkında asgari bilgi;
- Ülke ve ülkenin belirli bölgelerinde cezasızlıkla mücadelede karşılaşılan zorluklar ve fırsatlar hakkında bilgi;
- İlgili iç hukuk, mevzuat ve medya haberlerine ilişkin bilgi;
- Katılımcıların çalıştığı kurumsal bağlam hakkında bilgi.

3.c. Bağlama özel hazırlık

Bu Rehber, en acil gelişimsel ve insan hakları zorlukları da dahil olmak üzere farklı sosyo-politik bağlamlara uyarlanmalıdır. Mümkün olduğunda, iyi hazırlanmış ve bilgilendirilmiş yerel kaynak kişiler de kurs planlama sürecine ve programına dahil edilmelidir.

3.d. Cinsiyet, yaş, deneyim dengesi ve erişilebilirlik

Kurs öncesi katılımcıların cinsiyet, yaş, deneyim ve engellilik konusunda dengeli bir dağılım göstermesine özen gösterilmelidir. Aynı denge kuşkusuz eğitimin kolaylaştırılmasında rol üstlenecek uzmanların seçiminde de gözetilmelidir. Eğer varsa, engelli kolaylaştırıcı ve/veya katılımcıların erişilebilirlik sorunları üzerinde de düşünülmelidir. Mekân erişilebilir mi? Öğle yemeği alanı erişilebilir mi? Erişilebilir tuvaletler var mı? Ders materyallerine erişilebilir mi? ve benzeri sorunlar eğitime başlamadan önce çözülmüş olmalıdır. Erişilebilirlik hakkında düşünürken, farklı engellilik durumlarını düşünmeyi unutmayın, böylece eğitim programı sadece bedensel engelli insanlar için değil, aynı zamanda görme veya işitme gibi duyusal engelli kişiler için de erişilebilir olacaktır.

4. Değerlendirme[2]

Değerlendirme, eğitim ekibine, ulaşılması istenen hedefler bakımından eğitimin etkisi hakkında bilgi sağlar. Değerlendirme, planlama, tasarım, uygulama ve takip dahil olmak üzere eğitim kursunun bütününe dahil edilmelidir. Değerlendirme, kolaylaştırıcıların eğitim faaliyetlerinin sonuçları hakkında bazı önemli soruları yanıtlamasına yardımcı olabilir, örneğin: bu eğitimi neden sunuyoruz? Eğitimin içeriği öğrenenlerin ihtiyaçlarına cevap veriyor mu? Öğrenenler ne öğrendi? Bunun sonucunda öğrenenler hangi eylemleri gerçekleştirebilecekler? Öğrenenler öğrendiklerini işlerinde uygulayabilecekler mi? Çalışmaları daha geniş topluluk/toplumdaki değişime nasıl katkıda bulunacak?

2 İbid.

BÖLÜM 1

ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNUN GELİŞİM DİNAMİKLERİ ÜZERİNDEN CEZASIZLIĞI KAVRAMAK

MODÜL I

ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNUN GELİŞİM DİNAMİKLERİ ÜZERİNDEN CEZASIZLIĞI ANLAMAK

HAZIRLIK SORULARI

- Devleti elinde tutan egemen güç, şiddet kullanma tekelini siyasal, etnik, dini ya da başka bir gerekçeyle kendi halkına ya da yurttaşlarının bir bölümüne karşı kullandığında ne olur?
- Devletin uyruklarına yaygın, sistematik ve hukukdışı bir şiddet uygulaması sonucu işlediği suçların soruşturulması ile egemenlik kavramı arasında bir çatışma var mıdır?
- Devletin işlediği bu türden şiddet suçlarını kim, neye dayanarak, nasıl soruşturmalıdır?
- Ceza yasalarının en temel ilkesi olan *"suçta ve cezada kanunilik" (nullum crimen nulla poena sine lege)* ilkesi Devletin kendi halkına yönelik sistemli, yaygın ve hukukdışı bir şiddet uygulaması sonucu işlediği suçlar bakımından da bir karşılığı var mıdır?
- Günümüz hukuk kurum ve kavramları bu suçlarla etkili bir şekilde mücadele edebilmek için yeterli midir?

MODÜL I:

Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişim Dinamikleri Üzerinden Cezasızlığı Anlamak

Modül Özeti

Mevcut modül iki bölüme ayrılmıştır.

"Modülün birinci kısmında, günümüzde insan hakları hukukunun çok önemli bir konu başlığı haline gelecek "cezasızlık" döngüsünün kırılma anını temsil eden uluslararası ceza hukukunun doğum ve gelişimine odaklanılmıştır. II. Dünya Savaşı'nda insanlığın o güne kadar gördüğü en vahşi ve barbarca suçların faillerinin cezalandırılmalarına giden yolda Nürnberg Yargılamalarını mümkün kılan, siyasal ve tarihsel olaylar kısaca aktarılmaya çalışılmıştır. Bu yapılırken Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'ni kuran uluslararası antlaşma olan Londra Şartı'nda öngörülen uluslararası suçlar arasında ilk defa tanımı yapılan "insanlığa karşı suçlar" konusu öne çıkarılmıştır. Ayrıca uluslararası ceza hukukuna karakteristik rengini veren uluslararası ceza sorumluluğunun kendine özgü niteliği ile insancıl hukuk ve insan hakları hukuk disiplinlerindeki sorumluluk biçimlerinden farkları; uluslararası ceza hukukunda öngörülen suçların unsurları ile bu suçlara özgü olarak ulusal ceza hukuklarında öngörülen suçlarla aralarındaki niteliksel farklara da kısaca değinilmiştir. Modülün ilk bölümünün sonunda uluslararası ceza hukukunun uygulama alanını oluşturan uluslararası ceza mahkemelerinin işleyişindeki sorunlu noktalara dikkat çekilmeye çalışılmıştır.

Modülün ikinci kısmındaysa 1960'lı yıllardan 1970'lerin ortalarına kadar özellikle Latin Amerika'daki dikta rejimlerinin muhaliflerine yönelik keyfi tutma uygulamalarına karşı mücadele aracı olarak yükselttikleri genel ya da özel af taleplerinin, bu rejimlerin işledikleri suçların faillerini cezasız bırakmak amacıyla af uygulamasını kötüye kullanmasının sonucu olarak af karşıtı kampanyaların nasıl cezasızlıkla mücadelenin temel motiflerinden birisine dönüştüğü; 1980'lerden itibaren Latin Amerika'dan başlayarak otoriter dikta rejimlerinin demokrasiye geçiş süreçlerinde ağır insan hakları ihlallerinden sorumlu olanların suçlarının cezasız bırakılması amacıyla ardı ardına çıkarılan af yasalarına karşı mücadelenin nasıl bugün "cezasızlıkla mücadele" olarak adlandırdığımız daha kapsamlı bir mücadelenin temelini oluşturduğu; yanı sıra tarihsel koşulların da yardımıyla bu mücadelenin sonucunu simgeleyen cezasızlık karşıtı hareketin uluslararası insan hakları hukukundaki yansımalarının izi sürülmeye çalışılmıştır. Son olarak uluslararası insan hakları hareketinin cezasızlıkla mücadelesindeki kırılganlık ve zafiyetlerine yönelik uluslararası insan hakları çevrelerindeki eleştirel tartışmalar hakkında da bilgi verilmeye çalışılmıştır.

I.1. Giriş:

Yirmi birinci yüzyılın başından beri uluslararası insan hakları hareketi neredeyse bütün dikkatini cezasızlıkla mücadeleye yöneltmiş durumdadır. Bugün, insan haklarını desteklemek, "*ağır insan hak ihlalleri*" faillerinin hesap verebilir olması; aynı zamanda faillerin bu türden bir hesap verebilirliğini engelleyebilecek af düzenlemelerine ya da o anlama gelebilecek ceza hukuku uygulamaları ile mücadele etmek anlamına gelmektedir. Cezasızlık hem uluslararası ceza hukukuna hem de uluslararası insan hakları hukukuna içkin bir kavramdır. Dahası, ilerleyen bölümlerde görüleceği üzere, ağır insan hakları ihlallerinde zamanaşımı ve af yasaklarında olduğu gibi cezasızlıkla mücadelenin temel karakteristik özellikleri,

geniş ölçüde *uluslararası ceza hukukunun* gelişimi sürecinde ortaya çıkmış ve oradan insan hakları hukukuna aktarılmıştır. Günümüzde cezasızlıkla mücadele konusunda uluslararası ceza hukuku, insancıl hukuk ve insan hakları hukuku disiplinleri arasında cezasızlıkla mücadele bağlamında bir kesişim ve karşılıklı etkileşim söz konusudur. Bu anlamıyla cezasızlıkla mücadelenin bir bütün olarak anlaşılabilmesi, onun salt insan hakları hukukundaki görünümlerinin değil yanı sıra uluslararası ceza hukuku ile insancıl hukuktaki köklerinin ve gelişim süreçlerinin de bilinmesini gerektirmektedir.

Cezasızlıkla mücadele kavramının merkezine, Sokrates'ten Hobbes'a, Makyavelli'den Rousseau'ya oradan, Kelsen, Schmitt ve Agamben'e uzanan bir süreçte hukuk felsefecilerinin kadim sorun alanlarından birisinin yerleştiğini görürüz: Toplumsal yaşamın neredeyse bütün alanlarını "ortak iyilik" gerekçesiyle düzenleme yetkisini elde eden bir iktidar/devlet, kendisini koyduğu hukuk kurallarıyla sınırlayabilir mi ya da sınırlamalı mıdır? Ya da devleti hukukla nasıl sınırlayabiliriz? Bu sorunun günümüzdeki yanıtı, neredeyse bütün ülkelerin anayasalarının ilk temel kuralı olarak kendine yer edinen hukukun üstünlüğü/hukuk devleti kavramında ifadesini bulur.[3]

Bu anlamdaki felsefi tartışmanın odağına oturan Hobbes, insanın devlet denilen aygıtı oluşturmadan önce, "doğa durumu" dediği bir ortamda yaşadığını varsayar. Herkesin her şey üzerinde her şeyi yapma hakkı bulunduğu bu doğa durumu, ona göre sınırsız bir özgürlük durumudur. Sınırsız özgürlük de herkesin her şeye gücü oranında elini atması anlamında çatışma ve kaotik şiddeti doğurur ve bu da ağır bir güvensizlik/korku ikliminde hayatta kalmaya çabalamak anlamına gelir. Doğa durumu, bu anlamıyla aynı zamanda bir savaş durumudur. Hobbes, bireylerin ölüm korkusundan kaçınmak için gerektiğinde şiddet kullanarak düzeni sağlaması karşılığında doğal haklarını iktidardaki egemene toplumsal bir sözleşmeyle devrettiğini varsayar.

Eski Ahit'te geçen dokuz başlı mitolojik deniz canavarı Leviathan'a benzettiği Devlet, Hobbes'in gözünde, barışımızı ve korunmamızı borçlu olduğumuz insan yapısı bir aygıttır. Devlet bu barış ve koruma işlevini şiddet kullanma hakkını kendi tekeline alarak gerçekleştirir.[4] Peki *Leviathan*, modern dünyada devasa teknolojik araçlarla çeşitlendirdiği elindeki şiddet kullanma tekelini siyasal, etnik, dini ya da başka bir gerekçeyle kendi halkına ya da yurttaşlarının bir bölümüne karşı kullandığında ne olur?[5]

Hobbes, egemenin bu türden ölçüsüz şiddet gösterilerini barış için zorunlu gördüğü mutlak iktidarı kutsayarak olumlamaktaydı. Ancak, günümüz dünyasında bu türden bir olumlamanın herhangi bir geçerliliği ve karşılığı kalmamıştır. Yukarıdaki sorunun yanıtı, uluslararası ceza hukukunun bir suç kategorisi olan *insanlığa karşı suçlar* bağlamında bu tür bir eylemin cezalandırılabilirliği yönünden büyük bir önem taşıyor. Ancak insan hakları savunucularının yukarıdaki sorudan türetilebilecek başka sorular üzerine de düşünmesi, aynı önemde görünmektedir:

- Devletin uyruklarına yaygın, sistematik ve hukukdışı bir şiddet uygulaması sonucu işlediği suçların soruşturulması ile egemenlik kavramı arasında bir çatışma var mıdır?
- Devletin işlediği bu türden şiddet suçlarını kim, neye dayanarak, nasıl soruşturmalıdır?

3 Bu bağlamda Birleşmiş Milletlerin cezasızlık konusunu ele aldığı neredeyse istisnasız her belgesinde hukukun üstünlüğü ilkesinin bir şekilde bağıl bir kavram olarak kullanılması tesadüf değildir.

4 Erdal İşler: "*Thomas Hobbes ve J. J. Rousseau'da İnsan Doğası ve Barış Olanağı*", Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aralık 2019, s. 14 vd.

5 David Luban: "*İnsanlığa Karşı Suçların Kuramı*", Editör: Hüseyin Günal, Tekin Yayınevi, İstanbul – 2019, sf. XI.

- Ceza yasalarının en temel ilkesi olan "*suçta ve cezada kanunilik*" (*nullum crimen nulla poena sine lege*) ilkesi Devletin halkına yönelik sistemli, yaygın ve hukukdışı bir şiddet uygulaması sonucu işlediği suçlar bakımından geçerli sayılabilir mi?
- Günümüz hukuk kurum ve kavramları bu suçlarla etkili bir şekilde mücadele edebilmek için yeterli midir?

Tüm bu sorulara verdiğimiz yanıtın cezasızlıkla mücadelenin başarıya ulaşması ya da başarısızlığı bakımından insanların yaşamına dokunan somut ve doğrudan etkileri söz konusu.

Bugünün dünyasında hukukun üstünlüğü ilkesine bağlılık, kapitalist üretim ilişkilerinin hakim olduğu standart bir devlette siyasal iktidarların temel meşruluk zeminidir.[6] Bu ilkeyle bağı dolayısıyla yargının bağımsız ve tarafsızlığından doğal yargıç ilkesine, suçların ve cezaların yasallığı, geçmişe yürümezliği gibi ulusal ceza hukuk sistemlerinden türemiş bir dizi ilkenin, adil yargılanma hakkı bağlamı üzerinden uluslararası ceza hukukuna, insancıl hukuka ve insan hakları hukukuna aktarıldığı kolaylıkla gözlemlenebilir.

Ancak mesele uluslararası insan hakları hukukunun yollarının uluslararası ceza hukuku ve insancıl hukuku ile kesiştiği noktada çetrefilleşmekte, cezasızlıkla mücadele daha karmaşık bir hal almaya başlamaktadır.

Aşağıda, insan hakları hukukunun cezasızlıkla ilişkili dinamiklerinin anlaşılabilmesi bakımından tarihte ilk defa cezasızlığı ortadan kaldırma adına, –bir anlamda uluslararası ceza hukukunun da ebesi sayılabilecek– "*insanlığa karşı suçlar*" adı verilen suç kategorisinin hangi gerekçelerle ve hangi tarihsel koşullar altında icat edilmek zorunda kalındığı açıklanmaya çalışılacaktır. Bununla, insan hakları hukuku ile uluslararası ceza hukuku ve insancıl hukukunun kesişim kümesini oluşturan insanlığa karşı suçların oluşumunun, cezasızlık kavramıyla arasındaki yakın ve koparılamaz bağı anlamamızı sağlayacak bilgi temelini oluşturmak amaçlanıyor. Dolayısıyla kökenlere dönüp uluslararası ceza hukukunun doğum anı olan *Nürnberg Yargılaması*'na ve ilgili olduğu ölçüde ondan daha da eski tarihli gelişmelere kısa bir bakış atacağız.

I.2. Nürnberg Mahkemesi öncesi savaş suçlarını yargılama girişimleri

Modern anlamıyla cezasızlıkla yüzleşme girişimlerinin ilk sonuçlarının belirmeye başlaması için insanlığın 1945 yılının Kasım ayını beklemesi gerekmiştir. Cezasızlıkla mücadele kavramına özgü dinamiklerin uç vermeye başladığı an, teorik tartışmaların sona ererek pratik bir gerçeklik halini aldığı *Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi*'nde[7] Nazi savaş suçlularının yargılamasıdır.

---

6 Berke Özenç: "*Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*", İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 201 vd. Özenç, kapitalist bir sistemde hukukun üstünlüğüne bağlılığın siyasal iktidarların meşruluğunun kaynağı olmasının siyasal, ideolojik ve iktisadi temelleri bulunduğunu ve bu olmadığında o ülkenin artık öngörülebilir bir ülke olmaktan çıktığını; böylece gerek yurttaşları arasında gerekse uluslararası ilişkilerinde öngörülebilirlik yokluğunun ciddi ve ağır sonuçları olduğunu belirtiyor: "*Kapitalist üretim ilişkilerinin gelişim aşamasında devletin adeta kurucu nitelikteki rolü ve ardından sermaye birikimine bağımlılığı, hukuk sistematiğinin temeli haline gelen, soyut ve genel nitelikteki rasyonel yasaların üretim ilişkilerinin gelişimi ile birlikte düşünülmesini gerekli kılar. Bu, Weber ve Neumann'ın, Pasukanis'in hukukun kapitalist üretim ilişkilerinde aldığı yeni biçime ve bu biçimin önemine dair saptamalarıyla ortaklaştıkları noktayı oluşturur. Pasukanis'in altını çizdiği gibi, insani özelliklerinden soyutlanarak hukuki özneye dönüşen bireyler arasındaki mübadele ilişkileri, bu ilişkilerin dayandığı özel mülkiyeti koruyacak ve sözleşmelerin yerin getirilmesinin güvencesi olacak bir otoriteye gereksinim duyar. Bu otoritenin, diğer bir ifadeyle modern devlet olarak örgütlenen siyasal iktidarın görevi, bu ilişkilerin yürütülebilmesi için gerekli öngörülebilirliği sağlayacak bir hukuki düzen kurması ve korumasıdır*." sf.205. A.b.ç.

7 Bundan böyle Nürnberg Mahkemesi olarak adlandırılacaktır.

O tarihe kadar uluslararası hukuk çevrelerinde teorik bir tartışma olarak gelişen savaş suçlularını yargılamaya dönük fikir egzersizleri, II. Dünya Savaşı'nın galip Devletlerinin Nazi rejiminin *işlediği korkunç suçların* faili durumundaki üst düzey yetkilileri adalet önüne çıkarmayı amaçladıkları Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi ile ilk defa gerçeğe dönüşmüştür. Hemen ardından Japon yetkililerinin işlediği savaş suçlarının yargılandığı Tokyo Savaş Suçları Mahkemesi sahne alarak, insanlığın yaşadığı en vahşi insanlık suçlarının hesabı kapatılmıştır.[8] Dolayısıyla uluslararası hukukta ilk defa Nürnberg Mahkemesi ile kırılan cezasızlık döngüsüne daha yakından bakmak, cezasızlığın dinamiklerini anlamak bakımından yararlı olabilir. Ancak Nürnberg'e giden süreci daha iyi anlamak için bir adım geriye çekilip, II. Dünya Savaşı öncesindeki gelişmelere ve hukuksal tartışmalara kısa bir göz atmakta yarar var.

I.2.a. Savaş suçlarını ilk yargılama girişimleri – I: Paris Konferansı ve Leipzig Yargılamaları

İnsanlık II. Dünya Savaşı'nda yaşanan büyük barbarlığa tanık olmazdan önce de savaşlar ve onun getirdiği yıkımlarla sarsılmıştır. Bu sarsıntılardan birisi de adeta II. Dünya Savaşı'na giden yolların taşlarının döşendiği I. Dünya Savaşı'nda yaratılmıştır. Bu ilk dünya savaşında da insanlık, geliştirdiği kitlesel imha silahları ve savaş hukukunu hiçe sayan ve sivillere yönelen kitlesel katliamlara sahne oldu. I. Dünya Savaşı 1919'da sona erdiğinde, savaşan tarafların bir araya geldiği Paris Barış Konferansının öncelikli konusu galip devletlerin özellikle de Britanya'nın savaşın baş sorumlusu olarak gördüğü Alman İmparatoru II. Wilhelm'in yargılanmasıydı.[9]

Galip devletler Konferans başlamadan önce savaş suçlarının yargılanmasını sağlayacak bir mahkemenin hukuki alt yapısını oluşturmak için Ocak 1919'da ABD, Birleşik Krallık, Fransa, İtalya, Belçika, Yunanistan, Polonya, Sırbistan ve Japonya temsilcilerinden oluşan bir özel komisyon kurdular. Resmi adı "*Savaş Çıkaranların Sorumlulukları ile Savaş Geleneği ve Hukuku İhlali Hakkındaki Cezalarının İnfazına Dair Komisyon*"[10] olan Komisyon, çalışmalarını 29 Mart 1919 tarihinde tamamlayarak Paris Konferansı'na sunmak üzere oybirliği ile bir sonuç raporu hazırlamıştır. Komisyon raporunda: "*Müttefikleri Türkiye ve Bulgaristan ile birlikte merkezi imparatorlukların barbarca ve hukuk dışı yöntemlerle kurulu hukuk düzenini, savaş geleneklerini ve* ***insanlığın temel yasalarını*** *ihlal ederek savaş yürüttükleri*" vurgulanmaktadır.[11] Raporun farklı yerlerinde benzer şekilde "*insanlık yasaları*", "*insanlık yasalarına*

8 Rehberde Tokyo Yargılamalarının ele almamayı tercih ettik. Bunun nedenlerinden biri, Tokyo Savaş Suçları Mahkemesi'nin Londra Şartı gibi bir uluslararası antlaşma yerine ABD Ordusu'nun Uzak Doğu Kuvvetleri Komutanı General Douglas MacArthur'un emirnamesiyle kurulmuş olmasıdır. Bu durum iki mahkeme arasında önemli bir niteliksel fark yaratmaktadır. Nürnberg Yargılamaları, daha sonra "Nürnberg İlkeleri" olarak anılacak, uluslararası ceza hukukunun temellerini oluşturan Birleşmiş Milletler belgesi, Londra Şartı ile ortaya konan ilkelere dayanmaktadır. Oysa Tokyo Yargılamaları bakımından aynı şeyi söyleyebilmek mümkün olmasa da Tokyo Yargılamalarının önemli ölçüde Londra Şartı örneği üzerine inşa edildiği açıktır. Yine de iki yargılama arasındaki meşruiyet farkının nereden kaynaklandığına dair tutarlı bir açıklama hiçbir zaman yapılamamıştır. Bkz., M. Cherif Bassiouni: "*Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*", Cambridge University Press, New York -2011, p.114.

9 Birleşik Krallık Hükümetinin savaş suçlarının tek sorumlusu olarak Kayzer Wilhelm'i işaret eden ve salt onu yargılamaya dönük hamleleri bizzat Komisyon'un Başkanı pozisyonundaki ABD Devlet Bakanı Robert Lansing'in Paris Konferansı sırasında Avrupalıların Kayzer'i yargılama planlarının siyasal bir *ahlaksızlık* uygulaması olduğunu ileri sürmesine yol açmıştır. Bkz., M. Cherif Bassiouni: "*World War I: The War to End All Wars and the Birth of a Handicapped International Criminal Justice System*", Denver Journal of International Law & Policy, Vol.30 No.3 Summer, 2002, p. 250.

10 İngilizce aslı "*Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Custom of War*".

11 Bkz., Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Custom of War: "*Report Presented to the Preliminary Peace Conference*", The American Journal of International Law, Vol.14 No. 1/2, 1920, p.115 (Cambridge University Press).

karşı suçlar", "*insanlık yasalarının ihlali*" deyimlerine yer verildiği görülmektedir.[12] Komisyon Raporu'nun bireysel ceza sorumluğunu tartıştığı bölümünde: "*Savaş yasalarına, savaş geleneklerine ya da insanlık yasalarına karşı suç işleyen, düşman ülkelere mensup bütün kişiler, pozisyonları ne kadar yüksek olursa olsun rütbe ayrımı gözetmeksizin, Devlet Başkanları da dahil olmak üzere cezai soruşturmaya tabidirler*." ifadesine yer verilmiştir.[13]

Komisyonun kullandığı "*insanlık yasaları*" ya da "*insanlık yasalarına karşı suç*" deyimlerinin kaynağı 1899 ve 1907 tarihli *Lahey Sözleşmeleri*'ne dayanmaktadır. Her iki sözleşmenin başlangıç kısımlarında "*insanlık yasaları*" kavramının kullanıldığı ve bu sözleşmelerin varlık sebebinin tanımlanmamış bu terime dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak önerilen bu deyimlerin Paris Konferansı'na hazırlık için oluşturulan Komisyon'un hazırladığı raporda kullanılması, Komisyonun Amerikalı iki üyesinin muhalefetine yol açmıştır. Komisyonun Amerikalı üyelerine göre, Komisyonun görevi savaş yasaları ile savaş gelenekleri ihlallerinin araştırılmasıdır. ABD'li üyelerin "*İnsanlık yasaları*" ya da "*insanlık yasalarına karşı suçlar*" nitelemelerine karşı çıkarken bu ifadelerin hukuki olmaktan çok ahlaki referanslar içermesine dayanmışlardır. Bu üyelere göre, ahlaki sorumluluğu ima eden "*insanlık yasalarına karşı*" eylemler, ne kadar adaletsiz olursa olsun, uluslararası bir mahkemenin ceza sorumluluğu değerlendirmesinin konusunu oluşturamaz. Savaş suçları, savaş suçları ve gelenek-lerinin açık olması, herkesçe bilinmesi dolayısıyla cezalandırmaya konu olabilir; buna karşın "insanlık yasaları" ya da "insanlık ilkeleri" kesin ve açık değildir; zaman, mekan ve koşullara göre, hatta kararı verecek hakimin vicdan ölçülerine göre değişiklik gösterebilir.[14]

Görünüşe göre, ABD delegasyonunun bu karşı çıkışları etkili olmuş ve Versay Barış Antlaşması'nın Alman savaş suçlularının yargılanmasına ilişkin maddelerinde "*insanlığa karşı suçlar*" deyimine yer verilmemiştir. Sonrasında Versay Barış Antlaşması hükümleri uyarınca Leipzig'de bir Alman ulusal yargı yeri tarafından yürütülen savaş suçlularına yönelik yargılama girişimi başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Pek çok yönden savaş suçlularının yargılanmalarına yönelik bu başarısızlığın sonuçları II. Dünya Savaşı'nda yaşanan ağır insani faturanın da nedenlerinden birisini oluşturacaktır. Leipzig yargılamasının başarısızlığı Almanların *Versay Antlaşması'*nın koşullarına uymada gevşek davranmalarına yol açmış; Alman sağı buradan mağduriyet devşirerek yükselişe geçmiş, böylece *Weimar Cumhuriyeti*'nin de zayıflamasında rol oynamıştır.[15]

I.2.b. Savaş suçlarını ilk yargılama girişimleri – II: İstanbul Divan-ı Harb-i Örfi Mahkemesi Yargılamaları

I. Dünya Savaşı'nda sivil nüfusa karşı işlenen suçların yargılanmasına yönelik bir diğer girişim ise Osmanlı İmparatorluğu'nun kendi *Ermeni* tebasına yönelik kıyımın sorumlusu olarak

12 İbid., M. Cherif Bassiouni: "*Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*", p.89.

13 Bkz., Hüseyin Günal: "*İnsanlığa Karşı Suçların Uluslararası Hukuk Normu Olarak Tanımlanması*", David Luban: "*İnsanlığa Karşı Suçlar Kuramı*", Tekin Yayınları, İstanbul-2019, s. 21.

14 Beth van Schaack: "The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence", Columbia Journal of Transnational Law, No.33, 1998-199, p.797; ayrıca bkz., Antonio Cassese: International Criminal Law, New York University Press, New York -2008, p. 103.

15 İbid., Hüseyin Günal, s. 23. Günal'ın tespitleri bütünüyle yanlış olmamakla birlikte oldukça eksiktir. Gerçekte Versay Barış Antlaşması'nın son derece ağır siyasal, toplumsal ve ekonomik koşulları dayatmış olması Alman halkına ağır bir aşağılama anlamın gelmekte ve aşırı bir milliyetçi tepkiyi de tetiklemekteydi. Versay Antlaşmasının dayattığı ağır koşullar, büyük ekonomik buhranın da katkısıyla Alman halkının ağır ekonomik yoksulluğa düşmesine; ekonomik kriz ise siyasal istikrarsızlık kısır döngüsüne girilmesine ve özellikle Alman Komünist Partisi'nin şiddetle bastırılmasının de yardımıyla bundan popülist sağ politikacıların yararlanmasının önü açılmıştır. Bu noktada, pek de Alman aşığı olmadığı bilinen V.İ. Lenin'in Versay Antlaşmasına yönelik şu tepkisel değerlendirmesi, Alman halkına dayatılan koşulların ağırlığını anlamak konusunda dikkat çekicidir: "*Almanya'ya tefeciler ve cellatlar barışı dayatılmıştır. Bu ülke yağmalanmış ve parçalanmıştır. . .. Tüm yaşam olanakları ellerinden alınmıştır. Bu benzersiz bir haydutların barışıdır*." Bkz., alıntılayan İbid, M. C. Bassiouni (2002), s. 248.

görülen savaş sırasında iktidardaki İttihat ve Terakki'nin bir kısım liderlerinin yargılanması, İstanbul'da İngilizlerin baskısıyla 16 Aralık 1918'de kurulan Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi (*Divan-ı Harb-ı Örfi*) tarafından gerçekleştirilmiştir. Sanıklar hakkındaki iddianamede savcılık, mevcut ceza davasının konusunu İttihat ve Terakki Cemiyeti liderleri Talat ve Enver paşalar ile diğer yüksek yetkililerin İmparatorluk içindeki Ermeni nüfusa yönelik tehcir ve kıyım eylemlerinin oluşturduğunu, bu eylemlerin münferit eylemler olmayıp, sanıklar tarafından önceden planlanarak uygulandığını vurgulamıştır.[16]

Yargılamaların sonucunda Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi tarafından 34 kişiye ceza verildiği tahmin edilmektedir.[17] Bunlardan on beş sanık hakkında "*insanlığa karşı suçlar*" işledikleri gerekçesiyle idama kararı verilmiş; [18] idam kararlarının sadece üçü infaz edilmiştir.[19] Bu üç infazın İstanbul'da milliyetçi bir gerilimi tırmandırması üzerine diğerleri hakkında verilen idam cezalarının infazı durdurulmuştur. İstanbul'da sanıkların yargılanma koşulları kalmadığından yargılamalara devam edebilmek için sanık ve mahkumların İngilizler tarafından Malta'ya götürülmeleri de sonucu değiştirmemiştir. Mustafa Kemal önderliğinde Anadolu'da başlayan ayaklanma yüzünden sanıklar İngilizlerin gözünün korkmasıyla Malta'dan da salıverilmiş; sonuç olarak sanıklar hakkındaki yargılamalar başarısızlıkla sonuçlanmıştır.[20]

I. Dünya Savaşı sırasında işlenen savaş suçları ile insanlığa karşı suçların cezalandırılması çabaları gerek Leipzig gerekse İstanbul yargılamalarında başarısızlıkla sonuçlanmasaydı, bu yargılamaların Nürnberg ve Tokyo yargılamalarına denk sonuçları ve önemi olabileceğine yönelik görüşler söz konusudur.[21] Eğer bu ihtimal gerçekleşmiş olsaydı, belki de Leipzig ve İstanbul yargılamalarıyla uluslararası ceza hukukunun ortaya çıktığını söyleyebilecektik.

I.3. Nürnberg Mahkemesi ve yargılamaları: uluslararası ceza hukukunun doğuşu

I.3.a. Nürnberg Mahkemesi'nin kuruluş süreci- siyasal tartışmalar

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden yaklaşık bir yıl önce, başını ABD, SSCB ve Büyük Britanya'nın çektiği "*müttefik güçlerin*", Almanya, İtalya ve Japonya'dan oluşan "*mihver devletlerin*" bozguna uğratacağının anlaşılmasıyla birlikte, onların sorumlu figürlerinin savaş sırasında işlediği büyük insanlık suçları ile yüzleşme zorunluluğu kendini hissettirmeye başlamıştı.

Yakalanacak savaş suçluları, hemen yakalandıkları yerde infaz mı edilecektir; yoksa onlar için adil bir yargılama yapmak gerekli ve olanaklı mıdır? Soruya tarihsel olarak verilen yanıt, uluslararası ceza hukukunun da doğum anına karşılık gelmektedir. Ancak bu yanıt bir defa verildiğinde yeni bir soru peşi sıra gelmiştir: ***uluslararası ceza hukuku neyin peşindedir/ amacı nedir?*** Gerçekten adaletin peşinde midir; yoksa uluslararası güç ilişkilerinin anlık dengelerinin tekinsiz koridorlarında ismi sürekli değişen güçlünün elindeki bir araç mıdır?

Tartışmanın canlılığı ve önemini kavrayabilmek bakımından savaşın sona ermesinden bir yıl önce, Ağustos 1944'de ABD Hazine Bakanı *Henry Morgenthau, Jr*., Başkan *Roosevelt*'e sunduğu bir planda yakalanacak Nazi savaş suçlularının yargısız infaz edilmesini teklif ettiğini belirt-

16 Taner Akçam ve Vahakn N. Dadrian: "*Tehcir ve Takdil – Divan-ı Harb-i Örfi Zabıtları: İttihat ve Terakki'nin Yargılanması 1919-1922*", İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul-2008.

17 Farklı rakamlar için bkz., Modül XI, XI.2.a.i sayılı konu başlığı.

18 Bkz., Gary Jonathan Bass: "*Stay the Hand of Vengeanc: The Politics of War Crimes Tribunals*", Princeton University Press, New Jersey – 2000, p. 125. Aktaran Hüseyin Günal, yukarıda anılan makalesi.

19 İbid., Günal, s. 23-24.

20 İbid., Günal, s. 25.

21 İbid, Bass, s.106.

memiz gerek.[22] *Morgenthau*, bu görüşünde yalnız değildi. Yine de ilk aşamada bu öneriye yakın durmasına rağmen *Roosevelt*, süreç içinde özellikle kendisi de saygın bir hukukçu olan Savaş Bakanı *Henry L. Stimson*'un[23] sert karşı duruşuyla bu seçenekten uzaklaşmıştır.

Nazi savaş suçlularının yargısız infaz yoluyla bertaraf edilmesi seçeneği, kesin ve hızlı bir sonuç öngörmesi yüzünden bir dizi karmaşık, uzun zaman alacak ve öncülü denemelerde olduğu gibi belirsiz bir sonuca hizmet etme tehlikesi olan yargılama seçeneğinden daha avantajlıydı. Ama öte yandan yargısız infaz, ABD'nin savaşa katılmasında belirleyici olan ilkelerin moral üstünlüğünü ortadan kaldıracağı gibi Nazilerin Dünyaya öğrettikleri sistematik, yargın ve kitlesel zulüm, vahşet ve ağır insanlık suçlarını meşrulaştırma tehlikesi taşıyordu. Ayrıca halen Alman toplumu üzerinde nüfuzları hissedilen Nazilerin, Hitler'i ve diğer üst düzey Nazi liderlerini destekçilerinin gözünde şehitlik mertebesine yükseltme ihtimali de söz konusuydu.[24]

Başlangıçta *müttefik güçlerin konuya yaklaşımı* tereddütlü ve açık olmaktan uzaktı. *Stalin* Nazi liderlerinin propagandif gerekçelerle yargılanması gerektiğini daha savaşın kaderi belirlenmeden epey önce ifade etmişti.[25] Sonrasında *Stalin*, *Roosevelt* ve *Churchill*'in bir araya geldikleri 11 Şubat 1945 tarihli Yalta Konferansı'nda konu yeniden gündeme geldi. Savaş suçlularının yargılanmasına konusunda Leipzig ve İstanbul fiyaskoları hafızasında canlılığını koruyan *Churchill* kararlı bir yargısız infaz taraftarıydı.[26] Ancak gerek *Roosevelt* gerekse *Stalin* farklı gerekçelerle de olsa yargısız infaz seçeneğini dışladılar.[27]

Roosevelt'in ölümü sonrasında yerine geçen yardımcısı *Truman*'a daha sonra Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nin savcılığını üstlenecek yargıç *Robert H. Jackson* tarafından gönderilen 6 Haziran 1945 tarihli bir mektupta konuya dair tartışmanın hala sürdüğü görü-

22 The Nuremberg Chronology- https://famoustrials.com/nuremberg/ 1902-chronology .

23 Stimson, Harvard Hukuk Fakültesi mezunu saygın bir avukatlık kariyeri sonrasında Başkan Theodore Roosevelt tarafından 1906'da New York Güney Bölgesi için Başsavcı olarak atanmış; 1911'de ise Başkan Taft tarafından Savaş Bakanlığı'na getirilmişti. Aynı göreve 1940'da bu defa Başkan Roosevelt tarafından bir Cumhuriyetçi Parti üyesi olmasına rağmen atanmış ve II. Dünya Savaşı'nın sonuna (21 Eylül1945) kadar bu görevde kalmıştır. Güçlü moral ve vicdani değerlere bağlı biri olmasına, Nazi savaş suçlularının yargılanmadan infaz edilmesine karşı güçlü muhalefet göstermesine ve hatta müttefiklerin sivil halkın yoğun yaşadığı Hamburg, Dresten ve Tokyo gibi kentlerin müttefiklerce bombalanmasına itirazları bilinmesine karşın ironik bir biçimde Hiroşima ve Nagazaki'ye atom bombası atılmasına onay veren ABD yönetici figürlerinden biri olmuştur (bu Stimson'un çelişkili tutumunun arkasındaki olgu ve motivasyonu merak edenler için bkz., John Bonnet: "*Jekyll and Hyde: Henry L. Stimson, Mentalité, and the Decision to Use the Atomic Bomb on Japan*", War in History - WAR HIST. 4. 174-212).

24 Arieh J. Kochavi: "*Prelude to Nuremberg: Allied War Crimes Policy and the Question of Punishment*", University of North Caroline Press, 1998, p.205.

25 Stalin 6 Kasım 1942 tarihli konuşmasında Nazi savaş suçlularının yargılanması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Bkz., Thomas Earl Porter: "*Nikto ne zabyt, nichto ne zabyto: The Soviet Contribution to International Justice at Nuremberg*", North Carolina A&T State University, 13 April 2015 – Carolina Seminars, sayfa 12; Sovyetler, Nürnberg yargılamalarını "*gösteri yargılaması*" olarak görüyorlardı. Sovyetler Birliği yetkilileri, bu şekilde Nazi savaş suçlularının yargılanmasının, onların daha en başından insanlığın vicdanında mahkûm edilecekleri uluslararası katarsisi yaratacak tiyatro gösterisinin sahnelenmesi olarak kavrıyorlardı ve bu anlamıyla haksız da sayılmazlardı. Bu yargılamaların sonrasında ortaya çıkan uluslararası ceza hukuku onların bu bakışının oldukça eksik ve kusurlu olduğunu da göstermektedir.

26 Telford Taylor: "*The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir*", Knopf, New York – 1992, p.29; yine İbid. Porter (2015), sf 15; ayrıca bu konuyu yeni bulguların ışığında irdeleyen Guardian Gazetesi'nin haberi için bkz. https://www.theguardian.com/world/2012/oct/26/britain-execution-nuremberg-nazi-leaders .

27 Bkz. Max Pensky: "*Impunity: A Philosophical Analysis*", "*Philosophical Foundations of International Criminal Law: Foundational Concepts*", Editörler: Morten Bergsmo ve Emiliano J. Buis, Torkel Opsahl Academic E Publisher, Brussel-2018, sayfa 241.

lüyor.[28] Yine de konunun netlik kazanması, Temmuz 1945'de *Churchill*'in genel seçimlerde İşçi Partisi karşısında yenilmesi ile iktidardan düşmesini bekleyecekti.

İnfaz mı yoksa yargılama mı sorusu, 8 Ağustos 1945 tarihli *Londra Anlaşması*'nda müttefiklerin bir uluslararası ceza mahkemesi kurulmasına karar vermeleriyle netlik kazanacak ve kurulacak bu uluslararası ceza mahkemesinin hukuki altyapısını oluşturacak esasa ve usule ilişkin kurallar bütünü, Londra Antlaşması'nın eki olarak düzenlenen Londra Şartı'nda şekillenecektir.

I.3.b. Nürnberg Mahkemesi'nin kuruluş süreci- hukuksal temeller

Roosevelt'in Avrupa'da Nazilerin nihai yenilgisini göremeden 14 Nisan 1945'de ölmesi üzerine, yerine geçen yardımcısı Harry S. Truman, 2 Mayıs 1945 tarihinde, Amerikan hukuk çevrelerinde saygın bir yeri olan Yüksek Mahkeme yargıçlarından *Robert H. Jackson*'ı savaş suçluları ile ilgili dava sürecini hazırlamakla görevlendirdiğini açıkladı.[29] İlerleyen satırlarda Nürnberg yargılamasında müttefiklerin atadığı dört savcıdan biri olarak Nürnberg yargılamalarında davanın açılış konuşmasını yaparken göreceğimiz *Jackson*, *Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi*'nin kuruluş ve yargılama usullerini düzenleyen Londra Şartı'nı hazırlayan hukukçular ekibinin de lider figürlerinden biriydi.

Londra Şartı, modern uluslararası hukukun çığır açan belgesi olarak kabul edilmektedir: yakalanan sanıkların yargılanacağı uluslararası gelenek ve hukukunda unsurları ve sınırları iyi bilinen savaş suçlarının yanına eklenen *barışa karşı suçlar* ile kilit önemdeki *insanlığa karşı suçlar* ilk defa burada tanımlanmış; bu eylemlerin faillerinin yargılanabilmesi için bağımsız bir uluslararası yargı yeri yaratılmış; yargılama için adil bir yargılama usulü ve temel sanıklık hakları oluşturulmuştur. Londra Şartı'nın 6. maddesinin 2. fıkrasında sanıkların yargılanacağı suçlar sayılmış ve tanımlanmıştır. Bunlar:

Barışa karşı suçlar: "*Bir saldırgan savaşın ya da antlaşmalar, güvenceler ya da uluslararası antlaşmaların ihlali yoluyla gerçekleşen bir savaşın planlanması, hazırlanması, çıkarılması ya da yürütülmesi ya da önceki eylemlerden herhangi birinin yerine getirilmesi için kararlaştırılmış ortak bir plana ya da komploya katılmak*."

Savaş suçları: "*işgal altında bulunan ülkelerde sivil halka yönelik öldürmeler, bunlara kötü muamelede bulunulması, zorla çalıştırılmaları, sürülmeleri, savaş esirlerinin ve denizdeki kişilerin öldürülmeleri veya kamu ve özel kişilere ait malların yağmalanması, kent ve köylerin hiçbir neden yokken yakılmaları ve askeri zorunlulukların haklı kılmadığı yakıp yıkma ve yok etmeler*".

İnsanlığa karşı suçlar: "*Savaştan önce veya savaş sırasında sivil halka yönelik öldürülmeler, soykırım, köleleştirmeler, sürgünler ve insanlığa aykırı diğer eylemler veya Mahkeme'nin yetki*

28 Bkz., Robert H. Jackson: "*Report of Robert H. Jackson United States Representative to the International Conference on Military Trials*", London 1945, Department of State Division Publications Office of Public Affairs, Washington – February 1949, p.46. Yargıç Jackson'un Başkan'a gönderdiği mektupta savaş suçlularının cezalandırılması sorununun nasıl çözülmesi gerektiğine ilişkin meselenin hala nihai bir karara vardırılamadığını anlıyoruz. Jackson mektubunda kendi argümanlarıyla bir yargılama yapılması gerektiğine ilişkin hala ikna edici gerekçeler ortaya koyma ihtiyacı duymaktaydı. Başkan Truman'a 6 Haziran 1945 tarihli raporunda şöyle yazacaktı: "*Elbette onların durumlarını duruşmasız belirleyebiliriz. Ancak bu sayısız Amerikalının hayatına mal oldu. Onları yargılamadan kurtarmak ölülerle alay eder ve yaşayanları kötümserliğe iter. Öte yandan, onları duruşma yapmadan infaz edebilir veya başka bir şekilde cezalandırabiliriz. Ancak ayrım gözetmeyen infaz veya cezalar, kesin olarak ulaşılan suçluluk bulguları olmaksızın defalarca verilen taahhütleri ihlal eder ve Amerikalıların vicdanlarına kolayca kabul ettirilemez ya da gururlu çocuklarımız tarafından hatırlanmaz. Diğer tek yol, ele aldığımız zamanın dehşetinin tarafsız bir duruşma sonrasında sanığın masumiyetini veya suçluluğunu, nedenlerimizi ve gerekçelerimizi açıklığa kavuşturacak bir kayıt üzerinde tespit etmektir.*"

29 Günal Kurşun: "*Uluslararası Ceza Mahkemesi: Hayal ve Ötesi*", http://rightsagenda.org/uluslarasi-ceza-mahkemesi-hayal-ve-otesi/ .

alanına giren herhangi bir suçun işlenmesi için veya bu suçla ilgili olarak siyasal, sosyal ve dinsel nedenlerle işlenen ve işlendikleri ülkenin iç hukukunda bir yasanın çiğnenmesi sayılan veya sayılmayan zalim davranışlar." olarak tanımlanmıştır.

Burada "*insanlığa karşı suçlar*"ın ilk defa tanımlandığına tanık oluyoruz. Savaş suçları gibi uluslararası hukukta çok önceden beri bilinen ve tanımı açık bir suç kategorisinin yanında daha önce varlığı, unsurları ve kapsamı tartışmalı "*insanlığa karşı suç*"ların tanımlanması yargılamaların bütün seyrini değiştiren müdahale olmuştur. Eğer insanlığa karşı suç kategorisi, Londra Şartında öngörülmemiş olsaydı, Nazi savaş suçlularının salt savaş suçu kategorisi altında yargılanmaları söz konusu olacağından işledikleri bir dizi dehşet verici suçun cezasız kalma tehlikesi söz konusuydu.

Londra Konferansı'nın ana tartışma konularından birisi, uluslararası insancıl hukuk uyarınca savaş suçu kategorisine girmeyen; ancak sayısız masum sivil insanın yaşamına mal olan son derece ağır, vahşice ve soğukkanlılıkla işlenmiş suçların cezalandırılması için bir hukuki dayanak oluşturulup oluşturulamayacağıydı. Uluslararası insancıl hukuk uyarınca savaş suçlarının yargılanması ve cezalandırılması, bu suçların mağdurlarının uyruğunun yanında yer ve konu bakımından bir dizi koşulun gerçekleşmesine bağlıdır. Örneğin, Nazilerin Almanya'da Alman uyruklu yurttaşlara ya da müttefiki olmaları nedeniyle[30] bu ülkelerde, bu ülkelerin uyruklarına karşı işledikleri suçlar, savaş suçu kategorisi dışında kaldığından yargılanamayacaktı.[31]

Londra Şartıyla gerçekleşen bu müdahalenin ne kadar önemli olduğu daha sonra özellikle insanlığa karşı suçlar ile uluslararası insan hakları uyarınca işlenen ağır insan hakları ihlalleri arasındaki geçişkenliğin belirginleştiği silahlı iç çatışma koşullarında[32] işlenen suçlar ile otoriter rejimlerin silahlı iç çatışma derecesine ulaşmasa bile rejim muhaliflerinin imhasına yöneldiği[33] durumlarda yükselen insan hakları mücadelesinin elinde önemli bir hukuki silaha dönüştüğünde anlaşılmıştır. Ancak bu tespitin devamını insanlığa karşı suçlar ile insan hakları hukuku arasındaki ilişkiyi daha yakından irdeleyeceğimiz ikinci modüle bırakıp, yeniden cezasızlıkla mücadelenin ilk zaferini kazandığı ana, Nürnberg Yargılaması'na dönelim.

I.3.c. Savcı Jackson'un Nürnberg yargılamalarını açılış konuşması ve uluslararası ceza hukukunun doğum sancıları

Modern anlamda cezasızlıkla bağlantılanan uluslararası ceza hukukunun doğum anı, 21 Kasım 1945'te Nürnberg yargılamalarının açılışında Uluslararası Askeri Mahkeme'nin dört savcısından biri olan ABD nezdinde savcı Robert H. Jackson'ın ünlü açılış konuşmasında kendisini açık eder. Jackson'ın açılış konuşmasının ünü, siyasal iktidarı elinde tutanların yaptığı büyük haksızlığa karşı o gün toplanan "*korkunç adamlar galerisine*" karşı zincirinden boşanmış bir intikam talebinden daha yüksek ve daha iyi bir yanıt olarak hukuka başvurmasına dayanır. Jackson açılış konuşmasının başında bu yaklaşımın önemini şu ünlü cümlesiyle belirtmiştir:

30 Avusturya gibi ilhak ettiği ya da Romanya, Bulgaristan ve İtalya gibi müttefik ülkelerde de Roman ve Yahudi topluluklara yönelik yapılmış ciddi katliamlar ya da bu ülkelerdeki direniş hareketlerinin eylemlerine karşı bu ülkelerin halklarına yönelik çok sayıda misilleme saldırıları ya da yargısız infazlar söz konusudur.

31 Beth van Schaack: "*The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence*", Columbia Journal of Transnational Law, No.33, 1998-199, p.789.

32 Eski Yugoslavya'nın çözülmesi ile Bosna Hersek'te Boşnak, Sırp ve Hırvat güçler arasında çıkan silahlı iç çatışma durumunda ya da Ruanda'da rejimin Tutsi'leri imhaya yönelmesinde olduğu gibi.

33 1973'de üç bine yakın kişinin yargısız infaz edildiği ve kırk binin üzerinde kişinin işkence ve kötü muameleye maruz kaldığının tahmin edildiği Şili'deki Pinochet Darbesi ya da Arjantin'de 1976 – 1985 yılları arasında yirmi bine yakın kişinin kaybedildiği, bu kişilerin ebeveyinsiz kalan çocuklarının akrabalarından koparılıp evlatlık verildiği, on birlerce insanın yargısız infaz, işkenceden geçirildiği Vileda ve Galtieri dikta rejimleri gibi.

"[...] intikamı durdurmayı ve yakalanan düşmanlara hukukun yargısını gönüllü olarak sunmak, iktidarın şimdiye kadar akla yönelttiği en önemli övgülerden biridir... ".

Ancak asıl üzerinde durmaya değer cümle hemen sonrasında gelir. Jackson sanıklara dönüp şöyle devam eder:

> "...Bu soruşturmayı önemli kılan şey, bu mahpusların dünyadaki bedenleri toza dönüştükten sonra pusuya yatacak uğursuz etkileri temsil etmeleridir. Onlar ırkçı nefretlerin, terörizm ve şiddetin, kibir ve iktidar zulmünün yaşayan simgeleridir. Bunlar, şiddetli milliyetçiliklerin ve militarizmin, kuşaktan kuşağa Avrupa'yı karmaşaya sürükleyen, insanlığını ezen, evlerini yok eden ve hayatını yoksullaştıran entrika ve savaş açmanın simgeleridir... Şu anda tehlikeli bir şekilde hala güçleri ayakta kalan [bu] insanlarla belirsiz ve kesin olmayan bir şekilde ilgilenirsek, uygarlık yeniden gücünü kazanan sosyal güçlerden ödün vermeyi kaldıramaz..." [34]

Cezasızlık kavramının bileşenini oluşturan bir çok unsurun uluslararası ceza hukuku ile karşılaşma anı bu alıntıda kendisini açığa vurur. Başka bir ifadeyle Devletler arası güç ilişkilerinin dünya barışını güvence altına almak adına hukukileşme iradesinin kendini görünür kıldığı an, bu andır. Jackson'un alıntılanan bu ifadelerinin altında yatan temel kaygının ağır insanlık suçlarının yeniden işlenmesinden duyulan derin kaygı olduğu açıkça görülmektedir. Jackson'un bu suçların yinelenmemesi için o anda öngördüğü yegane güvence, bu suçluların yargılanıp hak ettikleri cezalara çarptırılarak Dünya halklarının hafızasına ibretlik bir örnek olarak kazınmasıdır.

Nürnberg mirası hakkındaki pek çok şey gibi, uluslararası ceza hukukunun doğum anı da diğer bütün doğumlar gibi derin bir belirsizlik içindedir. Jackson'ın başvurduğu akılcı yargılama düşüncesi, normatif temellerin varlığı gibi modern pozitif ceza hukukunun ruhu bakımından simgeledikleri ya da temsil ettikleri; normların, grupların ya da Devletlerin değil, bireylerin eylemlerinden sorumlu tutulması gerektiği düşüncesinde görünür hale gelir.

Ceza sorumluluğu bireylerin üzerine düştüğünde, en ağır insanlık suçlarını işlemiş olanları yargı önüne çıkarmak ve mahkûmiyetleri halinde cezai yaptırımlar uygulamak, yasa önünde eşitlik ilkesine uygun olmak zorunda kalacaktı. Bu ilkeden başka bir şeyin onlara yapılan muameleyi haklı çıkarması, *hukukun üstünlüğü ilkesinin* ihlali anlamına geleceğinden, Jackson, kaba intikam ve şiddetin yeniden üretilmesinin akılcı tek seçeneğinin, Batılı hukuk sistemlerinin ceza hukuklarına egemen olanla aynı değerler demeti olduğu konusunda ısrar etmesi de anlaşılır ve kendi açısından tutarlı bir strateji gibi görünüyor.

Bununla birlikte Jackson'un ileri sürdüğü yargılama ve cezalandırma iradesi bakımından bizim için tanıdık olan, bu gerekçelerin ve bireylerin cezalandırılabileceği suçların önceden geçerli ve verili olduğunu varsaymak kesinlikle yanıltıcıdır. Çok değil, yargılamanın açılış konuşmasının yapıldığı 12 Kasım 1945 tarihinden dört ay öncesinde suçluları yargılayacak ne bir mahkeme ne de iddianamede ortaya konan uluslararası suçların hiçbirinin mevcut olmadığı bir yargılama ortamının söz konusu olduğunu unutmamak gerek.

Birçok durumda, kendisinden sonra ortaya çıkan bir dizi *ad hoc* uluslararası ceza mahkemesi yargılamasında sanıklara yönelik isnatların hukuken geriye yürürlü uygulanmasının norm haline getirilmesiyle vurgulandığı gibi, uluslararası ceza hukukunun ana ilkelerinin Londra Şartı'nda ve peşinden gelen uluslararası ceza hukuku belgelerinde öngörülen hükümlerle icat edilmeleri gerekiyordu. Jackson, Batının modern zamanlarına yerleşmiş iç hukuk sistemlerine tanıdık gelen norm ve uygulamaları –özellikle de iki kutuplu bir dünya

34 Bkz., Robert H. Jackson'ın açılış konuşması, (Nürnberg, 21 Kasım 1945), § 4.

düzeninin başat aktörleri belirmeye başlarken– uluslararası ilişkiler dünyasına aktarma çabasının düzenli bir seyir izlemeyeceğinin farkındaydı. Bunun için iyi işleyen hukuk sistemlerin *yavaş*, *parçalı* ve *tereddütlü* gelişim özelliklerine ihtiyaç duyulacaktı. Oysa tarihin o anında, böylesi genişlikte bir zaman parçası, insanlığın varlığına bel bağlayamayacağı bir lüks gibi görünmektedir.

Nürnberg Mahkemesi, doğası gereği kolektif ve siyasal niteliği olan eylemleri kovuşturmak ve cezalandırmakla görevliydi. Bu da siyasi iktidarın tepesine yerleşenleri iktidarlarını ağır bir şekilde kötüye kullanarak gerçekleştirdikleri şiddet eylemleri nedeniyle yargılamanın esas meselesini, siyasetin yargılamadaki görünümü haline getiriyordu. Jackson'ın desteğine başvurduğu usule ilişkin yasal değerlerle çatışma tehlikesi nedeniyle, var olan hukuka yeni bir hukuk dayatmanın bu çatışmayı çözmeye bir katkısı da yoktu. Doğası gereği *siyasal* ve *kolektif* olan bu tür sistemli, örgütlü ve kitlesel şiddet suçları ortaya çıktığında, kamusal alana verdiği zararların ortadan kaldırılması anlamına gelen yargılamanın adilliğine yönelik ahlaki ağırlık, ulusal ceza yargılamalarındaki bildik mantığını da kaybedecektir.

Nürnberg Mahkemesi örneğinde, galip müttefik güçlerin hukuki otoritesi, açıkça yargısal tarafsızlığı ihlal etmekteydi. Yeni tür uluslararası suçların getirilmesi, başta suçta ve cezada kanunilik olmak üzere pek çok temel ceza hukuku ilkesini ihlal etme tehlikesi taşıyordu. Masumiyet karinesi, sadece ve sadece eylemlerin cezalandırılması ilkelerine bizatihi iddia makamının hukuk dışı ihtiraslarının açıkça ilan edilmesinin zarar vermesi de kaçınılmazdı. İddia makamının amacının, bireysel eylemlerin yargılanması yerine, bir ideolojinin ahlaken kınanmasının ifadesi olarak tanımlanması, zaten yargılanan suçların geçmişe yürürlü olarak (*ex post facto*) uygulanmasının hukukilik sorunu yaratması bir yana, galip Devletlerin mahkemeyi ad hoc olarak kurgulamasının doğal yargıç ilkesiyle açıkça çelişmesi, dayandığı hukuki argümanların çürüklüğünün görünür olması tehlikesiyle de karşı karşıya bırakıyordu.

Dolayısıyla burada sanıkların cezalandırılma gerekçesinin, –ulusal bir ceza yargılamasında en ikna edici görünen argüman ne olursa olsun– uluslararası ceza yargılamasındakiyle aynı olması mümkün değildi. Uluslararası ceza hukuku, ulusal olandan farklı bir yol izlemek zorundaydı ve öyle de oldu.

Jackson hukukun üstünlüğünden türeyen bu değerlere başvurduğunda, aynı zamanda uluslararası ceza hukuku ile ulusal ceza hukukları arasındaki esaslı farklar hakkında bulanık sularda gezinen bir iddia makamının risklerini de örtük olarak üstlenmekteydi. Yaşadığımız andan geriye baktığımızda Jackson'un Devletler arasındaki siyasal ilişkiler ile ceza hukukunun işleyişi arasında kusursuz işlemese de bir denge bularak sorunu gelecekte çözülmek üzere dondurmayı başardığını söylemek mümkün.

I.4. Nürnberg'in mirası ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluş süreci ve uluslararası ceza hukukunun geleceği

Aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılacağı üzere, yukarıda özetlenen Jackson'un uluslararası ceza hukukuna yönelik yaklaşımı, 1990'larda *Bosna*, *Ruanda* ve *Siera Leone* ad hoc uluslararası ceza mahkemesi örnekleri üzerinden yeniden uluslararası ceza hukukunun gelişiminde sıçrama yaşandığı süreçlerde de şu veya bu şekilde temel özelliklerini korumuştur. Bütün bu süreçlerde uluslararası ceza hukuku, bir yanda hukukun üstünlüğünün tanıdık normlarından türetilen dar bir hukuki kavrayışı, öte yandan egemen Devlet iktidarının kötüye kullanılmasını dizginleyecek evrensel normatif değerlerin sahne alabilmesi için daha geniş bir politik bakış açısı arasında dengede durmakta zorlanan bir hukuki uygulama olarak kalmıştır.

Ancak bu denge halinin etkililiği, saygınlığı ve başarısını gölgelemeyi sürdüren merkezdeki soru hala çözümlenmeyi beklemektedir: *Uluslararası ceza hukukunun amacı nedir*? Başka bir ifadeyle burada özellikle *uluslararası ceza hukukunun ulusal ceza yargılamaları karşısında genel olarak amacını haklı kılan nedir?* sorusunun çözülmemiş oluşu, uluslararası ceza hukukunun gelişme çizgisinde ve dolaylı olarak insan hakları hukukunda konumuz olan cezasızlığın yerinin ne olduğu sorununu da belirginleştirir.

Geçtiğimiz çeyrek yüzyılda uluslararası ceza hukukunun önem ve ağırlığındaki dikkate değer yükseliş inkâr edilemez. Eski Yugoslavya ve Ruanda'daki kitlesel ağır insan hakları ve insancıl hukuk suçlarına karşı kurumsal yanıtlar sunmaya çalışan ulusal, bölgesel ve küresel aktörlerin ortaya çıkması ve bunu Lahey'de konuşlanmış daimi bir Uluslararası Ceza Mahkemesi ile taçlanmasına giden süreçler göz önüne alındığında, uluslararası ceza hukukunun gelişimini koşullayan, yeni resmi uluslararası ceza mahkemeleri ve yargı yerlerinin ve yeniden örgütlenen uluslararası sivil toplumun ortaya çıkışındaki dramatik unsur, II. Dünya Savaşı'nın hayaletlerinin hortlama ihtimalinin kendini sürekli bir şekilde hissettirişi olacaktır.[35]

Yine de uluslararası ceza hukukunun yarım yüzyıldan fazladır sürdürdüğü bu çarpıcı büyüme ve gelişme eğilimine rağmen, kırılgan kişi ve gruplar için artan adalet ve koruma taleplerine insanlığın yanıtını, bu eğilimin sürmesi yönünde veren herkes için gelecek sıkıntılı bir yöne işaret etmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi söz konusu olduğunda onun meşruiyeti, etkililiği ve başarı şansına dair görüşler hep karmaşık bir seyir izlemiştir.

Birleşmiş Milletler'in arka çıktığı uluslararası yargı yerleri, salt yavaşlıkları yüzünden değil, aynı zamanda onlara ilişkin yüksek beklentiler ile düşük yargılama sonuçları arasındaki uyumsuzluğun getirdiği hayal kırıklıkları nedeniyle de ağır eleştirilere maruz kalmıştır. İnsanlık ve onun yarattığı uygarlığın, II. Dünya Savaşı sonrasında oluşturduğu barış projesinin taşıyıcı sütunlarından biri, içine insan hakları hareketini de alan büyük kozmopolit projedir. Ancak bu proje, ortaya çıktığı 1945'ten günümüze en büyük meydan okumalardan biriyle de karşı karşıyadır. Cezasızlık bağlamı içinde onun nispeten daha küçük parçasını oluşturan uluslararası ceza hukukunun kazanımları, '*neo-egemenlikçi*', genellikle aşırı milliyetçi ve korunmacı tepkilere maruz kaldıkça, kayda değer bir yavaşlama ve hatta gelişim eğiliminin tersine dönme ihtimaline yönelik korkuları da deneyimlemeye başlamıştır.

Kısmen, çok taraflı, zor ve yeni türden uluslararası suçlara dair çok derinlemesine yerleşmiş tutumların yeniden tarafını belirlediği kritik süreçlerde, uluslararası ceza hukuku projesinin önündeki engelleri ve uzun vadeli öngörülebilirliğine ilişkin kararsız durumunu dikkate aldığımızda, geleceğe dair endişelerin giderek büyüyen bir baş ağrısı olduğu da hissedilmektedir.

Kısmen, uluslararası ceza hukuku kurumları, özellikle de Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, içinde çalıştığı Devletler ve blokların muhalefeti ile yüzleşmediği an neredeyse yok gibidir. Uluslararası ceza hukukunun doğru ya da yanlış yeni-sömürgeci ya da yeni-gerçekçi özelliklerinden rahatsız olan birçok Devlet aktörü, "*evrensel yargı yetkisi*" gibi *hukuki genleşme* eğilimlerine karşı şiddetli muhalefetlerini de yoğunlaştırmaktadır.

Uluslararası Ceza Mahkemeleri'ne muhalif olmayan aktörler ise kitlesel siyasi şiddete tepki olarak ortaya çıkan bu yargı yerlerinin, *ağır temposu* ve uluslararası ceza adaletinin görece

35 "Bir daha asla" (*Nunca mas – never again*). II. Dünya Savaşı sırasında yaşanan vahşetin bir daha yaşanmaması gerektiği düşüncesi, bu savaş sonrası kurulan insan hakları sistemlerinin temel hareket noktası, kurucu düşüncesidir. Bu konuda hafıza, hakikat ve bu kavramlarının dönüşümünü incelediği ilginç makalesi için bkz. Richard J. Evans: "*From Nazism to Never Again - How Germany Came to Terms With Its Past*", Foreign Affairs, Ocak/Şubat 2018. https://www.foreignaffairs.com/articles /western-europe/2017-12-12/nazism-never-again .

yüksek maliyetinden şikayetçi olarak halen çalışan ya da yeni uluslararası ceza hukuku girişimleri için gerekli mali ve siyasal desteği vermeye giderek daha az ilgi göstermektedir.

Dolayısıyla, uluslararası ceza hukukunun balayı döneminin sona erdiği söylenebilir. Müdahalecilikle geçen yıllardan sonra bu yönelim, gelinen eşikte artık fazla taraftar bulmakta zorlanmaktadır. Nitekim, Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Trump Yönetimi arasında buna işaret eden bir itişmenin yakın tarihte yaşanmış olması, gelecek hakkında alarm zillerinin çalmaya başladığını bize gösteriyor.[36]

Yukarıda kabaca tespit edilmeye çalışılan bu olumsuz etkiler dikkate alındığında uluslararası insan hakları hareketi tarafından uluslararası ceza hukukunun yeniden ivme kazanmasını sağlayıcı adımların atılması gereği çoktandır kendini hissettirse de bu konuda gerekli ivmeyi yeniden yakalamak bakımından ihtiyaç duyulan uluslararası insan hakları hareketinde güçlü cezasızlık karşıtı akımların nefesi kesilmiş görünmektedir. Daha geniş anlamda uluslararası insan hakları hareketi, günümüz dünya koşullarının dayattığı bu yavaşlama eğilimlerinin temelinde bulunan dinamikler nedeniyle büyük bir meydan okumayla karşı karşıyadır. Yine de yeniden ayağa kalkılacaksa, bu adımların belirlenmesinde *uluslararası ceza hukukunun amacının ne olduğu* sorusu hala merkezi önemde bir soru olarak önümüzde yanıtlanmayı bekliyor.

I.5. Uluslararası ceza sorumluluğunun kişiselliği: Nürnberg yargılamasından UCM'ye uluslararası ceza hukukunun normatif karakterinin belirginleşmesi

Yukarıda ortaya konulan temel soruyu unutmadan uluslararası ceza hukukunun kurucu anına Nürnberg yargılamasına geri dönmemiz gerekiyor. Bu bakımdan Nürnberg sanıklarını mahkûm eden kararın gerekçesi üzerinde biraz durmak, uluslararası ceza sorumluluğunun hukuki niteliği ve kendine özgülüğünün anlaşılması bakımından yararlı olacak.

Nürnberg kararının gerekçesi, Nürnberg Mahkemesi'nin Londra Şartı[37] uyarınca *barışa karşı suçları* yargılama yetkisine sahip olduğu belirtilerek başlar.[38] Mahkeme'nin tek görevi, *Londra Şartı'nı* uygulamaktır. Dolayısıyla Mahkeme'nin kendisini kuran antlaşmayı sorgulama yetkisi bulunmamaktaydı. Öte yandan, Nürnberg yargıçları kararlarında dile getirdikleri bu argümanın zayıflığının farkındaydılar. Bu nedenle uluslararası hukukta barışa karşı suçların Nürnberg Şartı'nın kabulünden çok önce bireysel ceza sorumluluğunu doğurucu gelişmelerin bir sonucu olarak varlık kazanmış olduğunu ileri sürdüler. Nürnberg Mahkemesi'ne göre, Devlet politikasının bir aracı olarak savaş, Paris Antlaşması'nda açıkça reddedilmekteydi. Buna karşın Mahkeme, uluslararası hukuk bakımdan her yanlış eylemin ceza sorumluluğunu gerektirmediğini kararında kabul ediyordu. Mahkeme'nin gerekçesi uluslararası hukukun bir mevzuatı olmadığını belirterek devam etmekte ve böylece antlaşmaların sadece belirli genel ilkeleri ortaya koyduğunu belirttikten sonra Paris Antlaşması'nın o tarihteki uluslararası gelenek hukukunu yansıttığını ileri sürmekteydi. Ancak o tarihten beri bir uluslararası yanlış eyleme yasak getiren kuralları dönüştüren pek çok gelişme meydana gelmişti.

36 Bu konuda Nürnberg yargılamasının hayatta kalan son savcısı *Benjamin B. Ferencz*'in görüşleri için bkz. https://billmoyers.com/story/nuremberg-prosecutors-warning-about-trumps-war-on-the-rule-of-law/.

37 Doğrusu Londra Şartı olmakla birlikte, genel kabul gören adlandırma "Nürnberg Şartı" haline geldiğinden Rehberde bundan böyle Nürnberg Şartı olarak geçecektir.

38 Bkz., yukarıda 9(a) paragrafı.

Nürnberg Mahkemesi, bu gerekçesini desteklemek için güç kullanımını suç haline getiren bir dizi uluslararası belgeye atıfta bulunmuştur.[39] Ancak bu belgelerin niteliğine bakıldığında barışa karşı suçlara karşı faillerin cezalandırılmalarını sağlayabilecek bir uluslararası ceza hukuku normunun temelini oluşturduklarını söyleyebilmek zordur.[40] Dolayısıyla Mahkeme'nin dayandığı bu belgelerin gerekçeyi destekleyici nitelikleri fazlasıyla tartışmalıdır. Yine de bu örnekler, barışa karşı suçların uluslararası ceza sorumluluğunun varlığını gösterebilmek bakımından yeterli görüldü. Mahkeme bu gelişmelere göndermede bulunarak, Devlet sorumluluğunu uluslararası ceza sorumluluğu ile karıştırmakta, cezai yaptırımlar uygulayarak uluslararası hukukun etkililiğini meşrulaştırmaktaydı.

Nürnberg kararındaki gerekçenin açıkça hatalı ve tutarsız olmasına karşın, caydırıcılık anlamında ibretlik bir örnek olması ve uluslararası ceza sorumluluğunun kurucu ilkesini ortaya koyması bakımından, mahkûmiyet kararının uluslararası ceza hukuku sorumluluğunun tespitinde başlangıç noktasını oluşturduğu kabul edilmektedir.[41]

Yine de Nürnberg Mahkemesi kararındaki gerekçenin zayıflığı, bu Mahkeme ve yargılamalarına yönelik eleştirilerin görece haklılığı, daha sağlam bir hukuki temel oluşturulması ihtiyacını da görünür kılmıştır. Nürnberg kararındaki kırılganlıkların farkında olan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, *Nürnberg Şartı* ve *Nürnberg Mahkemesi* kararındaki temel tespitlere daha fazla meşruiyet kazandırmak için daha sonra ***Nürnberg İlkeleri*** olarak adlandırılan bir belgenin hazırlanmasına karar vermiş ve bu ilkelerin yasa formunda kaleme alınması için *Uluslararası Hukukun Kodifikasyonu Komisyonu*'nu görevlendirmiştir.[42] Böylece uluslararası ceza sorumluluğu ile ceza yaptırımının temel unsurlarını belirleyen "*Nürnberg İlkeleri*" ortaya çıkmıştır.[43]

Bu belgede, "*uluslararası hukuk uyarınca suç oluşturan bir eylemde bulunan herkes, sorumludur ve bu nedenle cezalandırılabilir*." diyerek uluslararası ceza sorumluluğunun bir tanımını yapılmakta (*İlke I*); cezalandırılabilir uluslararası suçlar (*İlke VI*) ve iştirak kavramı (*İlke VII*) gibi ceza sorumluluğunun diğer temel unsurlarını belirlenmektedir.

Nürnberg İlkeleri'nde başka temel koşullar da öngörülmüştür:

- İç hukukta eyleme bir ceza öngörülmemesinin (*İlke II*); ve
- Devlet Başkanları ve hükümet görevlilerine ceza bağışıklığı öngörülmesi (*İlke III*) ile
- Hiyerarşik üstün uluslararası suç oluşturan emrini yerine getiren astın ceza sorumluluğunun (*İlke IV*) uluslararası ceza hukuku uyarınca ortadan kalkmayacağı ve son olarak da:

39 Kararda bu belgeler: Milletler Cemiyeti'nin Ortak Yardıma Dair 1923 tarihli Antlaşma taslağı; *Uluslararası Anlaşmazlıkların Barışçıl Çözümüne Dair 1926 tarihli Protokol*ün Başlangıç Kısmı; Havana'da 18 Şubat 1928 tarihinde toplanan *Altıncı Pan Amerikan Konferansı*'nın oybirliğiyle kabul edilen kararı ve Alman İmparatoru Kayser II. Wilhelm'in uluslararası ahlakı ve antlaşmaların kutsallığını ihlal ettiği için yargılanmasını emreden Paris Antlaşması'nın 227-228. maddeleridir.

40 İlk iki belge hiçbir zaman yürürlüğe girmediği gibi Paris Antlaşması da tek bir kişi, Kayzer II Wilhelm'in yargılanmasını öngörüyordu ve bunun için bir mahkeme kurmak yerine yargılama için ulusal mahkemeyi işaret etmişti, ki Alman yargı yerleri bu yargılamayı yapmaya hiçbir zaman yanaşmadılar.

41 Bkz., Uluslararası Adalet Divanı: 27 Şubat 2007 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin Uygulanması Davası kararı, 172. paragraf. Bu davada Adalet Divanı, uluslararası ceza sorumluluğunun kökenini Londra Şartı ve Nürnberg Mahkemesi Kararı olarak görmüştür.

42 United Nations General Assembly ('UNGA'), Resolution 95 (I), UN Doc. A/64/Add.1, p. 188, 11 Aralık 1946.

43 https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/ 7_1_1950.pdf

- hakkında suçlama yapılan herkesin adil ve tarafsız yargılanma hakkı olduğu (*İlke V*).[44]

Hızlı bir dönüşüm geçirmesine ve daha karmaşık bir hal almasına rağmen, *Nürnberg İlkeleri* uluslararası ceza hukukunun temeli olmayı sürdürmüştür. Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran *Roma Statüsü* bütünüyle bu ilkeler üzerine inşa edilmiştir.

I.6. Uluslararası hukuk ve insan hakları hukukundaki sorumluluk biçimleri ile uluslararası ceza sorumluluğu arasındaki temel farklar

Bireylerin uluslararası suçlardan sorumlu tutulabilmesi için, uluslararası hukuk öznelerinin sadece Devletler ve uluslararası örgütler olduğuna dair Devletler hukukunun bu çok temel klasik ilkesinin aşılması zorunludur. Çok uzun bir süredir varlığını sürdüren bu kural geçerliliğini ve önemini korumakla birlikte, günümüzde artık bu kuralın iki önemli istisnası söz konusudur: *uluslararası insan hakları hukuku* ve *uluslararası ceza hukuku*. Bu listeye *uluslararası insancıl hukukunun* da dahil edilmesi düşünülebilir. Bununla birlikte, insancıl hukuk alanında ihlalci Devlet ya da Devletler diğer Devletlere karşı sorumludur ve bu kurallar Devletler tarafından ihlal edildiğinde bireylerin bu ihlaller dolayısıyla giderim talep etme hakları bulunmamaktadır. Yine de insancıl hukuk kural ihlallerinin belirli bazı durumlarda insan hakları ihlalini oluşturması mümkündür.

Uluslararası insan hakları hukuku, insan hakları ihlallerinden dolayı bireylerin değil, Devletin sorumluluğu üzerinde temellenmiştir.[45] Örneğin, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ya da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hak ve özgürlükleri tanımlamanın yanında bu hak ve özgürlüklerin bireyler tarafından engellemeyle karşılaşmaksızın kullanılmasını sağlama görevini de Devletin üzerinde bırakmaktadır. Bireyler, bu hak ve özgürlükleri ihlal edildiğinde, ilgili insan hakları sözleşmelerinin oluşturduğu uluslararası yargı organlarına başvururken, ihlalin sorumlusu olarak Devleti göstermek durumundadır.

Aynı durum uluslararası ceza hukuku söz konusu olduğunda geçerli değildir. Uluslararası suçlar bakımından uluslararası ceza sorumluluğu kavramının kapsamı ortaya koymadan önce, öncelikle bireylerin uluslararası hukuk öznesi olduğunu bir öncül olarak tanımamız gerekir. Bu hali hazırda genel kabul gören bir durumdur.[46]

Bu öncülü ortaya koyduktan sonra, uluslararası sorumluluğun iki biçimini tanımlamaya girişebiliriz. Devlet sorumluluğu ile bireysel ceza sorumluluğu arasında ayrım yapmak, ilerideki modüllerde işleyeceğimiz konuların anlaşılabilmesi bakımından önemlidir.

Bunlardan birincisi uluslararası hukukun ihlali söz konusu olduğunda bir Devletin diğer bir Devlet ya da uluslararası örgüte yönelik olarak ortaya çıkan giderim yükümlülüğüdür. İkincisi ise daha aşina olduğumuz bir yaptırımdır ve uluslararası suçların oluşturduğu belirli uluslararası hukuk ihlallerinin cezalandırılması ve giderim sağlanmasını gerektirir.[47]

Buna karşın, bu iki sorumluluk biçimi birbirini dışlamaz. Aynı eylem, her ikisi de Devlet sorumluluğunu gerektiren uluslararası hukuk ya da insan hakları ihlalini oluşturabilir. Ayrıca, uluslararası sorumluluk gerektiren bir eylemde bulunan bir kimse –emir sorumluluğu kavramı dahil– doğrudan fail ya da şerik olarak sorumluluk kurallarına tabidir.

---

44 Nürnberg İlkeleri'nin nitelikli olmamakla birlikçe fikir verebilecek bir Türkçe çevirisi için Bkz., Wikipedia: Nürnberg İlkeleri maddesi.

45 Kerem Altıparmak: "*Cezasızlıkla Mücadele Elkitabı*", İHOP, sf.11.

46 bkz. Malcolm N. Shaw: "*International Law*", Oxford University Press, Oxford, 2003.

47 bkz. Uluslararası Adalet Divanı'nın 3 Şubat 2015 tarihli Soykırım Suçlarının Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin *Hırvatistan v. Sırbistan* kararı, §129.

Uluslararası Adalet Divanı, soykırıma ilişkin *Bosna Hersek v. Sırbistan* davasında her iki sorumluluk biçiminin bir arada var olabileceğini kabul etmiştir.[48] Kararının ilgili bölümünde, Uluslararası Adalet Divanı, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme*'nin bu suçu işleyen bireylerin ceza sorumluluğunu belirlemek üzere tasarlandığını belirtmesine rağmen, aynı eylemler bakımından Devletlerin de sorumlu tutulabileceği tespitinde bulunmuştur. Dahası, bu iki yönlülük Roma Statüsü'nün 25. maddesinin 4. fıkrasında, "*Bu Statü'de bireysel ceza sorumluluğuna ilişkin hiçbir hüküm, uluslararası hukuk uyarınca Devletlerin sorumluluğunu etkilemez.*" denilerek kendine yer bulmuştur.

Uluslararası yargı yerleri önünde uluslararası ceza sorumluluğu kavramını daha modern bir bağlamda güçlendirmek için, bu düşüncenin *Roma Statüsü*'nün Başlangıç Bölümünün 5. ve 6. paragraflarında vurgulandığını belirtmeliyiz. Statü metninde, 1. madde uyarınca Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, "*uluslararası toplumu yakından ilgilendiren çok ciddi suçları işleyen kişiler üzerinde yargı yetkisine sahip olacağı*" belirtilmiştir. Bu hüküm, 25(1). maddede "*Mahkeme'nin bu Statü'ye uygun olarak özel kişiler üzerinde yargı yetkisine sahip*" olduğunu hükmü öngörülerek perçinlenmiştir. Bu noktada, yalnızca uluslararası ceza sorumluluğunu bireysel ceza sorumluluğu olarak çağdaş bir bağlama oturtan normlardan bahsetmek konuyla ilgili ve yeterli görünmektedir.

Buraya kadar, ayrı ama uluslararası hukuk ihlalleri ile yüzleşme yollarını tamamlayan Devlet sorumluluğu ile uluslararası ceza sorumluluğunun bireysel niteliğinin birlikte varlığına göz attık. Örneğin, bir Devlet işkence nedeniyle sorumlu tutulabilir ve bu fiili işleyen Devlet görevlileri bireysel eylemleri nedeniyle ya da muhtemelen insanlığa karşı suç ya da savaş suçu olan bireysel eylemlerinden ceza sorumluluğuna tabi tutulabilirler.

Bununla birlikte, başka farklar da var. Uluslararası ceza sorumluluğu, bireyleri hedeflediği için daha "*insani*" olmak zorundadır. Bu zorunluluk öncelikle katı sorumluluk koşulları dayatmaktan kaçınmak için suçlara *manevi unsur* öngörerek başarılmıştır. Manevi unsur koşulu uluslararası ceza hukuku sorumluluğunun önemli bir parçası olmuştur. Ancak suçlanabilirliğin de uluslararası ceza hukukunun bir bileşeni olduğu söylenebilir. Bu uluslararası ceza sorumluluğunu iç hukuklardaki ceza sorumluluğuna benzer hale getirirken, işaret etmemiz gereken bazı önemli sayılabilecek farklar da mevcut.

I.7. Uluslararası ceza sorumluluğunun kaynağı: Uluslararası ceza hukuku v.[49] ulusal ceza hukuku

Bu iki tür ceza sorumluluğu arasındaki fark, uluslararası ceza hukukunun birçok düzeyinde görülebilir. Resmi olarak, uluslararası ceza sorumluluğuna dair hükümler antlaşmalarda ve genel olarak uluslararası hukukun herhangi bir kaynağında bulunabilir.

Bununla birlikte *Roma Statüsü*'nün 21. maddesi, uluslararası mahkemelerin hem önceki kararlarında yorumlanmış ilke ve kurallara hem uluslararası kabul görmüş insan haklarına uygunluk ile herhangi bir ayrımcılık sebebine dayalı ayrımcılık yasağını öngören 7(3). maddeye atıfla, hem de ceza sorumluluğuna yönelik mümkün olduğu ölçüde dünya hukuk sistemlerinde bulunabilecek genel ilkelere dayanarak kaynaklarını genişletmiştir.[50]

48 İbid., §32.

49 Başlıktaki "v." Latince versus (karşı) kelimesinin kısaltmasıdır. İnsan hakları yargı yerleri, dava adlandırmasını Common Law geleneğinden ödünç aldığı X v. Y (X, Y'ye karşı) davası şeklinde yapar. Başlık bu adlandırma şekline göndermede bulunmaktadır. Bu Rehber'de uluslararası insan hakları yargı yerlerinin dava adlandırması yerleşmiş bu geleneğe sadık kalarak aynı adlandırma şeklini korumuştur.

50 bkz., 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün 21(1)(c). maddesi ('Roma Statüsü').

Bu konuda başvurulabilecek bir diğer ölçüt, uluslararası ve ulusal sistemlerde korunan *hukuki menfaatlere* ilişkindir. Uluslararası ceza hukukunun, her ulusal sistem kendi hukuk düzeninin menfaatlerini korumaya bakarken, sadece uluslararası toplumun menfaatlerini koruduğu ileri sürülebilir. Uluslararası hukuki menfaatlerin *Birleşmiş Milletler Şartı*'nda, *jus cogens* normlarda, *uluslararası insan hakları* ve özel olarak da uluslararası *ceza hukuku antlaşmalarında* da bu menfaatlerin kapsamına dair yorumlarla bir belirlilik sağlanabilir.

Bu şekilde uluslararası menfaatler üzerinde temellenen uluslararası suçlar ile Devletler tarafında yerel olarak işlenen suçlar arasında bir ayrım anlaşılabilir hale gelebilir. Bu ayrım maddi standartlara dayandırılırken, farklı cezai sorumluluk türlerini ayırt etmeye katkısı sınırlıdır, çünkü sadece doğrudan suçlara uygulanabilir.

Öğretide her iki tip ceza sorumluluğu arasındaki farkın *Roma Statüsü*'nde açıkça temellendirildiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, uluslararası ceza sorumluluğu bakımından benzersiz olan ve ulusal hukuk sistemlerinde bulunanlardan açıkça farklı sorumluluk biçimleri 25 ila 28. maddelerde öngörülmüştür. Bu nedenle, *küçüklerin ceza sorumluluğunun dışında bırakılması*, bireylerin *resmi sıfatlarına bağlı olmaksızın* ve *hiyerarşik üstlerin emirlerinden*, eylem ya da *ihmallerinden* sorumlu tutulması[51] gibi ulusal hukuk sistemlerinde mevcut olanlardan açıkça farklı sorumluluk biçimleri, uluslararası ceza hukukunda benzeri olmayan hükümlerdir ve uluslararası olandan ulusal ceza sorumluluğunun ayırt edilmesine belirleyici bir rol üstlenirler.[52]

Buna karşın *Roma Statüsü*'nün 25. maddesi, doğrudan fail, şerik ve feri şerik gibi genellikle ulusal hukuk sistemlerinde mevcut olan sorumluluk biçimlerini de uluslararası ceza hukukuna dahil etmiştir. Benzer bir şekilde, bazı hukuk sistemlerinde, belirli bir yaşın altındaki faillerin cezai sorumsuzluk halleri öngörülmektedir.[53] Resmi göreve gelince, bazı durumlarda ABD anayasal sistemindeki gibi *impeachment* ya da benzeri özel bir usul ile haklı gösterilmesi gerekmesine rağmen resmi görev, ulusal ceza soruşturmaları bakımından her zaman bir engel oluşturmamaktadır.[54]

Buna karşın, grup sorumluluğu[55] ve üst rütbelilerin sorumluluğu[56] gibi ulusal ceza hukukuyla ilişkili olmamaları halinde bazı sorumluluk biçimlerinin uluslararası ceza hukukunda *sui generis* bir nitelik taşıdığı söylenebilir. Dolayısıyla uluslararası ceza sorumluluğu ile ulusal olan arasında *grup sorumluluğu* ve *resmi görevlilerin sorumluluğu* bakımından uluslararası ceza hukukunda suçlar genellikle belirli gruplar tarafından işlenmekte ve lider(ler) suçun uygulanmasına karışmamakta, oysa her iki durumun ceza sorumluluğunun ulusal hukuk sistemlerinde karşılığı bulunmamaktadır.[57]

---

51 Karşılaştırmak bakımından bkz. Anayasa md. 17/son ve TCK md. 24 ile Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında 4483 sayılı Kanun hükümleri; ayrıca bkz. Bülent Tarhan: "Ceza Usul Hukuku Açısından Türkiye'de ve Dünyada Hesap Verebilirlik ve Cezasızlık Boyutuyla Kamu Görevlilerinin Yargılanma Ayrıcalıkları", Kemal Berkarda, Bülent Tarhan, Fikret Toksöz: "Kamu Görevlilerinin Yargılanma Ayrıcalıkları ve Hesap Verebilirlik", TESEV, İstanbul – 2017, sf. 28 vd.

52 Bkz. Cherif Bassiouni: "*Crimes against Humanity in International Criminal Law*", Kluwer Law International, Londra-1999, sf.370-373

53 Bkz., Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, md. 1; ayrıca bkz. ceza sorumluluğunu 12 yaş üstüyle sınırlayan ve 13-15 ve 16-18 arasında kademeli bir sorumluluk öngören TCK. md. 31.

54 Bkz., Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunu düzenleyen Anayasanın 105.md.

55 Roma Statüsü, md. 25(3)(d).

56 Roma Statüsü, md. 28.

57 Bkz., Jens David Ohlin: "*Co-Perpetration: German Dogmatik or German Invasion?*", Carsten Stahn (ed.), "The Law and Practice of the International Criminal Court", Oxford University Press, Oxford – 2015, sf. 537.

I.7.a. Grup sorumluluğu

Nürnberg kararından beri *grup sorumluluğu* konusu, uluslararası ceza hukuku için belirlenmiş ve önemli bir konu olagelmiştir. Nürnberg Şartı'na bir suç örgütüne üye olan birinin soruşturulması ihtimali dahil edilmişti.[58]

Yine bu durum Roma Statüsü'nde öngörülen ceza sorumluluğu biçimlerinde ve UCM'nin kararlarındaki uygulama biçimlerinde de belirgindir.[59] Dahası bu konuya ilişkin tartışmalar, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşunda bir sorumluluk biçimi olarak *ortak suç girişimi* kavramının yaratılmasıyla ivme kazanmıştır. Öğreti, bu sorumluluk biçimini üç kategoriye ayırmaktadır. Birincisi, aynı suç işleme kararının sonucu oluşturulan ortak bir plana uygun olarak şeriklerin hareket ettikleri basit biçimdir. Bunun sonucu, bu ortak plana dahil olan herkes, eylemi doğrudan gerçekleştirmiş olup olmadığına bakılmaksızın bu suçun failidir.[60] *Sistematik ortak bir girişim* olarak bilinen ikinci kategori, birinci kategorinin bütün unsurlarını içerir, ancak eylem bir "*baskı mekanizması*" üzerinden gerçekleşir.[61] Dolasıyla, soruşturulan kişi bir mekanizma olduğunu bilmeli ve bu mekanizmaya katılmalıdır.[62] Üçüncü kategori ise *ortak suç girişiminin aşılması* olarak bilinir. Burada da ortak bir plan söz konusu olduğundan ilk iki kategoriyle aynı unsurlar söz konusudur. Ancak ortak plan bir baskı mekanizmasının parçası olabilir, olmayabilir de. Ayrıca doğrudan suç işlemeksizin bir kimse, bu planın bir parçası olma niyetiyle hareket edebilir. Bununla birlikte buradaki temel fark manevi unsurdur. Çünkü işlenen suçlar, eylemlerin "*doğal ve öngörülebilir sonucu olarak*" ortak planın çerçevesini aşmıştır.[63]

Roma Statüsü "*ortak ceza girişimi*" kavramına yer vermemiştir.[64] Bununla birlikte, Roma Statüsü'ne farklı bir dizi bireysel ya da grup sorumluluğu durumları dahil edilmiştir. Sadece Statü'nün 25. maddesi, bir grup ya da aralarında bazı hiyerarşi biçimleri bulunan bir örgüte dahil olmayı ya da bir gruba katkıda bulunmayı ima eden "*emir verme*"yi[65] suçun unsuruna dahil etmiştir.[66]

Benzer bir şekilde, üstün sorumluluğu da askeri komutanın "*kumanda ve denetimini*" ya da astları üzerinde "*etkili otorite ve denetimini*" gerektirmesi durumunda bir örgütün varlığını ima eder.[67] Sivil liderler söz konusu olduğunda, bu lider(ler)in "*etkili otorite ve denetimi*" altında astlarının işlediği suçların suç ortağı olmaları mümkündür.[68]

---

58 Nürnberg Şartı, 9–11. maddeler.

59 bkz. Mark A. Drumbl, "*Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity*", Northwestern University Law Review, 2005, vol. 99, no. 2, pp. 39–40.

60 bkz. *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi*, 15 Temmuz 1999 tarihli *Savcılık v. Duško Tadić* kararı, İstinaf Dairesi, IT-94-1-A, § 196.

61 ibid., *§* 202–203.

62 bkz., *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi*, 17 Ekim 2003 tarihli, *Savcılık v. Simić ve Diğ.*, Duruşma Dairesi, IT-95-9-T, § 157.

63 bkz. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 28 Şubat 2005 tarihli *Savcılık v. Kvočka ve Diğerleri*, Appeal Chamber, Judgment, , IT-98- 30/1-A, § 83.

64 bkz. UCM, Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nde durum, *Savcılık v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803, § 335 ('Lubanga Decision on the Confirmation of Charge').

65 bkz. Roma Statüsü, md. 25(3)(b).

66 bkz. UCM, 13 Temmuz 2012 tarihli *Savcılık v. Sylvestre Mudacumura*, Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nde durum, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Savcılık's Application under Article 58, ICC-01/04-01/12-1-Red, § 63.

67 bkz. Roma Statatüsü, md. 25(3)(d); UCM, Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nde durum, *Savcılık v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842, § 996 ('Lubanga Judgment'); UCM, Kenya Cumhuriyeti'nde durum, *Savcılık v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey ve Joshua Arap Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, ICC- 01/09-01/11-373, § 351.

68 bkz. Roma Statüsü, md. 28(b).

Roma Statüsü *ortak suç girişiminden* söz etmese de onun yerine aynı sonucu doğuracak unsurları, *birlikte faillik* ya da *örgüt dolayımıyla birlikte faillik kavramları* ile ceza sorumluluklarını belirginleştirerek gerçekleştirmiştir. İlginç olan bu yeni sorumluluk biçimleri 25. maddenin lafzında açıkça bulunmadığı halde grup sorumluluğunun UCM'nin içtihatlarıyla net bir şekilde belirginleştirilmiş olmasıdır.

Birlikte faillik sorumluluğu *Lubanga* davasında görünür hale gelmiştir. Mahkeme'nin mahkumiyet kararı veren dairesine göre, *birlikte faillik* kavramının iki maddi unsuru vardır: en az iki kişi arasında suç işlemek amacıyla yapılmış *ortak bir planın varlığı*[69] ve her failin *suç işlenmesine esaslı bir katkıda* bulunması.[70] Daire, ortak planın suç niteliğinde olması gerekmediğine; ancak olayların doğal akışı içinde bir suç işleneceğine dair esaslı bir tehlike olması gerektiğine hükmetmiştir.[71] Öte yandan, bu sorumluluk biçimini iştirak sorumluluğundan ayırabilmek bakımından, suçun işlenmesine yapılan "*katkı*" esaslı olmalıdır.[72] Manevi unsura gelince, Daire, birlikte failliğin bir kimsenin suç işleme kastının olmasını ve suçun işlenmesine esaslı bir katkı sağlamasının şart olduğuna hükmetmiştir.[73] İddianamenin kabulü kararında Duruşma Öncesi Dairesi başka bir manevi unsur daha ortaya koymuştur. O da birlikte faillerin bir suç işleme kararının sonucu olarak *ortak planın uygulanmasının farkında olmak* ve *uygulanmasını karşılıklı olarak kabul* etmeleri gereğidir.[74]

Bir örgüt dolayımıyla *birlikte faillik* yukarıda belirtilen basit bir biçime dayanır. Sonuç olarak, kişi örgütlü bir grubun ve bir hiyerarşik yapının varlığının kanıtı olabilecek bir örgüt üzerinde denetim kurma iktidarına sahip olmalıdır.[75] Bu yüzden, sanığın liderliğini ve kendisine otomatik olarak itaat edildiğini gösterir delillerin bulunması önemlidir.[76]

Nürnberg yargılamalarından beri, uluslararası ceza hukukuna özgü temel sorumluluk biçimlerinin, uluslararası suçların işlenmesi bakımından *bir grubun varlığını* ve ona *katılımını* gerektirdiği sonucuna varmanın görece kolaylığına rağmen, suç işlenmesine doğrudan ve dolaylı katılımı esas alan Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde açılmış sadece bir dava söz konusudur.[77]

I.7.b. Suçlanabilirlik (ceza ehliyeti)

Bu kavram aynı şekilde isimlendirilmese de Batılı hukuk sistemlerinde ortak bir kullanıma sahiptir. Suçlanabilirlik kavramının anlaşılabilmesi için esaslı üç unsurunun olduğu bilinmelidir:

---

69 bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 1 Aralık 2014 tarihli Lubanga kararı, § 980; *Savcılık v. Thomas Lubanga Dyilo*, Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nde durum, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his Conviction, 1 December 2014, ICC- 01/04-01/06-3121-Red, §§ 469–473.

70 bkz. *Lubanga* kararı, § 981.

71 İbid, § 984.

72 İbid. § 997.

73 İbid. § 1013.

74 bkz. *Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, §§ 361–363; ayrıca bkz., Orta Afrika Cumhuriyeti'nde durum, *Savcılık v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Savcılık against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, ICC-01/05-01/08-424, § 351.

75 Bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi, 30 Eylül 2008 tarihli *Savcılık v. Germain Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07-717, § 494.

76 bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Katanga ve Ngudjolo* kararı, §§ 500–510.

77 bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi, 9 Haziran 2014 tarihli *Savcılık v. Bosco Ntaganda*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Savcılık against Bosco Ntaganda, , ICC-01/04-02/ 06-309, § 137–143.

- suç işleme, eylem (ya da ihmal) ve sonuç arasında nedensellik bağı;
- kişinin gerçekleştirmeyi istediği eylemi ve sonuçlarını anlama yeteneğinin varlığı; ve
- somut bilinç ve suç işleme iradesi.

Suçlanabilirliğin temeli, başka bir şekilde davranabilip davranamayacağının tespiti büyük öneme sahip olduğundan serbest iradedir. Dolayısıyla, cezai yaptırım, kişinin statüsüne değil, işlenen suçun bütünü dikkate alınarak temellendirilir. Aksi durumda, kişinin suç işlemekten başka bir seçeneği yoksa suçlanabilirlik (ceza) ehliyeti de yok demektir.

Bu noktada kişinin eylemleri nedeniyle cezalandırılması anlamında uluslararası ceza hukukunda vurgulanan bireysel sorumluluğun unsurlarına bakmak gerekiyor. Bu Nürnberg yargılamalarında, Nürnberg Şartı uyarınca kişinin eylem ya da ihmalleri ne olursa olsun, yasadışı bir örgüte üye olmasının kendiliğinden suç oluşturmasının tersidir. Yukarıdaki kavramsal açıklamalara uygun olarak bir kimse belirli bir eylem ya da ihmalde bulunma konusunda bir karar verme ya da ahlaki bir seçimde bulunma imkanına sahipse ancak cezalandırılabilir.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi bu yöndeki ilk adımı atmıştır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İtiraz Dairesi, Tadić kararında ilk defa bir hareket (*actus reus*-maddi unsur) ile manevi unsurun gerekliliğini vurgulayarak suçlanabilirliğin uluslararası ceza sorumluluğunun bir parçası olduğunu belirtmiştir:

Ulusal sistemlerde olduğu gibi uluslararası hukukta da temel varsayım, ceza sorumluluğunun esasının kişisel suçlanabilirlik ilkesi olmalıdır: kişisel olarak içinde bulunmadığı ya da bir şekilde katılmadığı eylem ya da işlemlerinden dolayı cezai olarak sorumlu tutulmamalıdır (*nulla poena sine culpa*- kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi).

Bununla birlikte suçlanabilirlik ilkesi Roma Statüsü'nde yer almamaktadır. Ancak bu ilkenin örtük olarak Statü'ye dahil olduğuna ilişkin yeterli kanıt bulunmaktadır. İlk olarak, "Mahkeme'nin yargı yetkisine dahil bir suçu işleyen kimse bu Statü'ye uygun olarak bireysel olarak sorumludur ve cezalandırılabilirler" hükmünü öngören Statü'nün 25(2). fıkrası bireysel sorumluluğu ortaya koymaktadır. Statü'nün 25(3)(d) bendi, uluslararası ceza sorumluluğunun suçlanabilirlik unsuruna daha da açıklık getiren bir içeriğe sahiptir:

Ortak bir amaçla hareket eden bir grup kimse tarafından böyle bir suçun işlenmesi ya da işlenmeye teşebbüs edilmesine herhangi bir şekilde katkıda bulunması halinde. Bu katkının kasten ve:

(i) eylemin ve amacının, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun işlenmesine girdiği durumda, grubun suç faaliyeti ya da amacını daha da ileri götürmek amacıyla yapılması halinde veya;

(ii) grubun suç işleme niyetinin farkında olunarak yapılmış olması.

Bu hükmün dikkatli bir çözümlemesi burada ortak suç girişimi kavramının bazı unsurlarının ortaya konduğunu bize gösterecektir. Yine suçlanabilirliğin unsurları içinde yer alan manevi unsur, Statü'nün 30(1). fıkrasında öngörülmüştür: "*Aksi belirtilmedikçe, bir kimse, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun maddi unsurlarını kasten ve bilerek işlemesi halinde cezai olarak sorumludur ve cezalandırılabilir*". Yine aynı 30. maddenin 2. fıkrasının (a) ve (b) bendleri "kast"ın ne anlama geldiğini açıklamaktadır:

> "Bu maddenin amaçları bakımından bir kimsenin aşağıdaki hallere kasıtla hareket ettiği varsayılır:
>
> (a) hareketle ilgili olarak, kişinin eylem içinde olmayı amaçlaması;
>
> (b) sonuca ilişkin, kişinin o sonuca yol açmayı amaçlaması ve sonucun hareketin doğal sonucu olarak gerçekleşeceğinin farkında olması."

Bu noktada suçlanabilirlik koşulunun aynı zamanda insan hakları hukukuna ait bir ilke olduğunun altını çizmekte yarar var. Roma Statüsü'nün 22(1). fıkrasında ifadesini bulan suç ve cezaların yasallığı ilkesi, bütün temel insan hakları sözleşmelerinde herhangi bir sınırlama rejimine tabi tutulmaksızın kullanılması gereken hakların başında gelmektedir.[78]

"*Bu madde bu Statü'den bağımsız olarak uluslararası hukuk uyarınca herhangi bir eylemin suç olarak nitelendirilmesini etkileme*"yeceğini belirten 22(3). fıkra hükmü, insan hakları hukukunu Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin uygulaması gereken yorum yöntemlerinin bir parçası haline getirmektedir.

Yukarıdaki açıklamalara karşın, öğretide uluslararası ceza hukukuna grup sorumluluğu ve suçlanabilirlik kavramlarının kullanılmasının uygun olmadığı; bunun yerine bütün bir ulusun *kolektif suçlanabilirlik* kavramının kullanılması gerektiğine yönelik görüşler de bulunmaktadır.[79] Bu düşüncenin temelinde *ortak suç girişimi* (*joint criminal enterprise*) ve *birlikte faillik* (*co-perpetration*) gibi sorumluluk biçimlerinin gruplara bireysel eylemlerden daha fazla ağırlık verildiği kavrayışı yatmaktadır. Buna karşın, uluslararası ceza mahkemelerinin içtihat pratiği, grupların dahil olduğu eylemlerden sorumluluk biçimlerini gruplar içindeki bireylerin eylemlerini asıl sorumluluk biçimi kabul ederek çözmüş görünmektedir.

Bu çözüm, uluslararası ceza sorumluluğunun bireysel olduğu ve suçlanabilirlik koşulunun manevi unsur ile değer yargılarına tabi olduğu ön kabulüne dayanmaktadır. Ancak bu eylemler, bütün dış etkilerden yalıtılmış bir ortamda gerçekleşmemekte, belirli bir kolektif bağlama oturarak ortaya çıkmakta ve ilerlemektedir. Başka bir ifadeyle, suçlanabilirlik ve grup sorumluluğu, yani uluslararası ceza sorumluluğu grup bağlamının dışında var olamayacağı gibi suçlanabilirlik unsuru cezalandırılabilirliğin zorunlu bir önkoşulu olduğundan birbiriyle karşılıklı yakın bir etkileşime girmektedir.

Yukarıdaki başlıklar altında belirtilen konularda uluslararası ceza sorumluluğunun uluslararası ceza hukukunun başlangıç noktası olduğu açıklanmaya çalışılmıştır. Oysa uluslararası ceza sorumluluğundan kaynaklanan başka ilkeler de bulunmaktadır. Grup sorumluluğu ve suçlanabilirlik ilkelerini dikkate aldığımızda, bu iki ilke "*uluslararası manevi unsur*" ve "*kitlesel şiddet*" kavramlarıyla açıklanabilir hale gelmektedir.

I.7.c. Uluslararası manevi unsur (international mens rea)

Yukarıda manevi unsurun uluslararası ceza sorumluluğu ile Devlet sorumluluğu arasındaki önemli bir farkı oluşturduğuna değinilmişti. Manevi unsurun Roma Statüsü'nde düzenleniş biçimi, beklenebileceği gibi ulusal ceza hukuklarından farklıdır.

---

78 Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, md. 4/2 ve 15. maddeleri; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, md. 7 ve 15/2; İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi, md. 9, 27/2.

79 George P. Fletcher, "*The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War – The Problem of Collective Guilt*", The Yale Law Journal, 2002, vol. 111, no. 7, pp. 1499–1573.

Manevi unsur, Roma Statüsü'nün 30. maddesinde genel bir cezalandırılabilirlik koşulu olarak düzenlenmiştir. Ulusal ceza hukuklarından farklı olarak, bu koşul uluslararası suçlar kavramının ötesine taşar ve bu taşkınlığın izleri özellikle belirli suçlardaki sorumluluk biçimleri ile cezai sorumsuzluğu öngören hükümlerin gerekçelerinde sürülebilir.

Bazı suçların, iç hukukta özel kast olarak adlandırdığımız, kendine özgü bir manevi unsura sahip olduğunu biliyoruz. Uluslararası ceza hukuku bağlamında buna en belirgin örnek, bir ulusal, dini, etnik ya da ırksal grubun soykırımı suçunda olduğu gibi yok etme kastıdır.[80] Buna, *insanlığa karşı suçlar*da olduğu gibi "*nüfusun bir bölümünü yok etmek amacıyla... yaşam koşullarını kasten kötüleştirme*" de dahildir.[81] Ayrıca, bütün insanlığa karşı suçlar, Devletin ya da örgüt politikasının motive ettiği belirli bir suç işleme kastının varlığı anlamına gelen manevi unsura tabidir. Uluslararası Ceza Mahkemesi, Roma Statüsü'nün 7(1). fıkrasında geçen "*saldırı bilgisiyle*" deyiminin, kişilerin saldırıya katıldığını bilmesi gerektiğini ve söz konusu politikanın yürütülmesi ya da en azından bunu destekleme çabasını ima ettiği tespitinde bulunmuştur.[82] Bu tespit, *bireyin iradesinin nihai bir amacı başarmaya çalışmak* olması gerektiği anlamına gelmektedir.

Uluslararası manevi unsur, ayrıca uluslararası cezai sorumluluk türlerine de uygulanır. Genel olarak, hepsi bir manevi unsur olarak, kasıt ve bilginin ve uygun olduğunda "*emir verme*" ya da "*teşvik*" için madden görevlendirmede olduğu gibi belirli bir özel unsurun varlığını şart koşar. Bazı durumlarda da manevi unsur *kişinin koşulların kendisini yönetici yaptığının farkında olmasını* gerektirir. Kişinin suç üzerinde koşulların kendisinin kontrol uygulamasına olanak tanıdığını bilmesi halinde, *dolaylı faillik* durumu söz konusudur.[83]

Benzer bir şekilde, *dolaylı faillikte*, belirli bir manevi unsura ek olarak, bütün failler, *olgusal koşulların her birinin suç üzerinde ortak denetim kurmalarına izin vermesi*nin yanında suçun maddi unsurlarının işlenmesiyle sonuçlanabilecek *ortak bir planın farkında olmalarını* gerektirir.[84] Bu mantık doğrudan birlikte faillikte de iktidar aparatı yoluyla yinelenir. Bu durumda, failin örgütün karakterini ve örgüt hiyerarşisi içindeki pozisyonunu ve emirleri otomatik olarak yerine getirmesi gerektiğini biliyor olması zorunludur.[85]

Konumuz bakımından önemli olan failin zihin dünyası dolayımıyla uluslararası ceza sorumluluğunun karakteristiği olarak grup sorumluluğunun doğrudan bireyin iradesine bağlanıyor olmasıdır. Dolayısıyla uluslararası ceza hukuku uyarınca bir kimsenin suçlanabilmesi ve cezalandırılabilmesi bakımından kişinin suç oluşturan eylemin işlenebilmesi için gerekli bir grubun varlığının farkında olması ve bireyin onunla ilişkisinin belirlenebilir olması zorunludur.

Eğer ceza sorumluluğu için manevi unsur geçerliyse, ceza sorumluluğunun dışarıda bırakılması bakımından bütün gerekçeler de aynı unsura bağlı olmalıdır. Manevi unsur yoksa ceza sorumluluğu da yoktur.

---

80 Roma Statüsü, md. 6.

81 İbid., md. 7(2)(b).

82 Uluslararası Ceza Mahkemesi: *Katanga ve Ngudjolo* kabuledilebilirlik kararı (kk.), §§ 401–402, 459; *Bemba* kk., § 87.

83 Uluslararası Ceza Mahkemesi: Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nde durum, *Savcılık v. Germain Katanga*, Trial Chamber II, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 7 March 2014, ICC-01/ 04-01/07-3436-tENG, § 1399. ('Katanga Judgment').

84 *Lubanga* kararı, §§ 980–1018; *Bemba* kk., §§ 350–351.

85 *Katanga ve Ngudjolo* kk., § 534.

I.7.d. Kitlesel şiddet

Yukarıda belirtildiği gibi, uluslararası ceza sorumluluğu bireysel sorumluluktur; ancak ona karakterini veren grup sorumluluğudur. Şiddetin düzeyinin yüksekliği uluslararası yargı yetkisinin devreye girmesi bakımından zorunludur. Uluslararası ceza yargı yetkisinin devreye girdiği önceki örnekler bu savı doğrulamaktadır. Nürnberg yargılaması bunun en tipik örneğidir. Ancak Bosna'da etnik temizlik, Ruanda'da soykırıma kalkışıldığında da *ad hoc* uluslararası ceza mahkemeleri devreye girmiştir.

Sadece gruplar böylesi yaygın ve kitlesel şiddet durumlarını planlayıp gerçekleştirebilirler. Bu tür kitlesel şiddet olaylarının uluslararası ceza sorumluluğunu gerektiren failleri, genellikle silahlı kuvvetlerin, polis kurumlarının ya da örgütlü silahlı grupların mensupları olarak hareket ederler. *Tek bir kişi kitlesel şiddet yaratamaz*. Şüphesiz tek bir kişi işkence ya da zorla kaybetme gibi suçları işleyebilir; ancak grup bağlamı kurulmaksızın uluslararası ceza mahkemesi önünde soruşturulamaz.

Dahası Roma Statüsü'nde öngörülen bütün uluslararası suçlar, onlarını kitlesel şiddete bağlayan bir unsura sahiptir. Soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş ve saldırganlık suçlarında kanıtlanması gereken bağlam, kitlesel şiddet ilkesinin yansıması olarak önümüze çıkar. Söz gelimi soykırım suçunda, ilk bakışta, Statü'de korunan grupların birini yok etme kastıyla hareket edilmesini öngören Roma Statüsü'nün 6. maddesinde sıralananlardan sadece bir eylemin işlenmesi yeterli izlenimi edinilebilir. Oysa soykırım tanımında listelenen eylemlerin her birinin dikkatli bir çözümlemesi, şiddetin tek bir kişi tarafından yönlendirilmediğini açıkça gösterecektir. Soykırım tanımında geçen "*grup üyelerini öldürmek*",[86] "*grup üyelerine ciddi bedensel ya da zihinsel zararlar vermek*",[87] "*fiziken kısmen ya da bütünüyle yok etme kastıyla grubu ağır yaşam koşullarına maruz bırakmak*",[88] "*grup içinde doğumları önlemek*"[89] ve "*çocukları nakletmek*"[90] gibi hareketler bir kişi tarafından işlenen eylemler izlenimi verir. Ancak bu suçun işlenebilmesinin ön koşulu olan *kitlesellik*, mağdurların çokluğunu, dolayısıyla belirli bir grubun "*yok edilebilmesini*" mümkün kılacak şekilde faillerin de örgütlüğü çoğulluğunu zorunlu kılar.

Söz konusu "*bağlamsal unsur*" eylemin tek bir izole olay ya da eyleme bağlanamayacak şekilde olay ve eylemlerin de çoğulluğunu zorunlu kılar. Bir an için tek bir eylemin soykırım suçunun oluşması için yeterli olduğu kabul edilse bile, eylemin yok edici niteliği, en azından sonuçları itibariyle onun kitleselliğinin inkarını imkânsız hale getirdiği açıktır.

Uluslararası ceza hukukunun uygulanabilirliğine bağlanan kitlesel şiddet koşulunu içeren diğer bir suç kategorisi insanlığa karşı suçlardır. Roma Statüsü'nün 7. maddesinin 1. maddesi "*insanlığa karşı suçlar*"ın, saldırı bilgisiyle birlikte sivil nüfusa karşı yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olarak işlenebilecek eylemler anlamına geldiğini öngörmektedir.

Bağlamsal unsuru daha belirginleştiren 7. maddenin 2. fıkrasının (a) bendinde öngörülen 1. fıkrada geçen "*herhangi bir sivil topluluğa yönelik* saldırı" deyiminin tanımıdır. Buna göre, "*herhangi bir sivil topluluğa yönelik saldırı", devlet ya da kurumsal bir politikanın uzantısı ya da bu politikanın daha da ileri götürülmesine yönelik olarak 1. fıkrada belirtilen eylemlerin herhangi bir sivil topluluğa karşı müteaddit kereler yapılması anlamına gelir*.". Burada tanımın

86 Roma Statüsü, md. 6(1)(a).

87 İbid., md. 6(1)(b).

88 İbid., md. 6(1)(c).

89 İbid., md. 6(1)(d).

90 İbid., md. 6(1)(e).

hem *yaygın* hem de *sistematik* saldırılardan bahsederek *şiddetin kitleselliğine* yaptığı vurgu, yukarıdaki paragraflardaki argümanları desteklemesi bakımından önemlidir.

Cezasızlık bağlamında bizi daha çok ilgilendiren insanlığa karşı suç oluşturan eylemlerin listelendiği 7. maddenin 1. fıkrasının bentleri arasında sayılan *işkence* ve *zorla kaybetme* eylemlerinin bu suçları yasaklayan diğer insan hakları sözleşmelerinde kurulan herhangi bir bağlama girmeksizin işlenebileceğini belirtmek önemlidir.[91] Dolayısıyla uluslararası ceza sorumluluğu bağlamında, insanlığa karşı suçlar açısından kitlesel şiddet bağlamına oturtulmaksızın işkence ve zorla kaybetme eylemlerinin, uluslararası ceza yargılamasını harekete geçirebilecek soruşturmaların konusu haline getirilmesi mümkün görünmemektedir. İnsan hakları sözleşmeleri, denetim sistemlerine hakim ikincillik ilkesinin bir sonucu olarak, aslen uluslararası yargı yerlerini hedef almazlar. Uluslararası İnsan Hakları Mahkemelerince ihlal bir defa tespit edildiğinde, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik genel giderim sorumluluğunun bir parçası olarak ihlale yol açan bu suçların gerektiği gibi soruşturulması, kovuşturulması ve cezalandırılması yükümlülüğü ulusal makamların üzerindedir.

Yine Roma Statüsü'nün 7 (1). fıkrasında geçen "*sivil nüfus*" deyimi de şiddetin kitleselliği koşuluna yönelik savları desteklemektedir. Sivil nüfusun içeriğinin ne olduğuna yönelik bir belirginlik olmasa da bütün kullanımlarda asker nüfusun dışındaki bütün nüfusun anlaşılması gerektiğinde ortaklaşılmaktadır. Dolasıyla her durumda yaygın ve sistematik bir saldırının sonucu olarak dikkate değer bir sivil mağdur kitlesinin oluşması insanlığa karşı suçların işlenmesi bakımından zorunluluk olmayı sürdürmektedir. UCM de saldırının kapsamını tespit ederken "*insani felaket*" deyimini kullanmaktadır.[92] Böylesi bir durumun tek bir eyleme bağlanarak gerçekleşmesi söz konusu değildir.

Kitlesel şiddet ilkesine en açık örnek savaş suçlarıdır. İster uluslararası isterse iç silahlı çatışma durumları söz konusu olsun, silahlı çatışma kitlesel şiddet durumuna göndermede bulunur. Öte yandan, Roma Statüsü, isyanlar, izole ve aralıklı şiddet eylemleri gibi benzer nitelikteki eylemlerin oluşturduğu iç karışıklık ve gerilimlerin silahlı çatışma olmadığını ortaya koymaktadır.[93] Dolayısıyla bir silahlı çatışmadan bahsedebilmek için *asgari kitlesel şiddet eşiğinin aşılmış olması* (*de minimis*), başka bir ifadeyle silahlı çatışmadaki güç kullanımının asgari bir yoğunluk derecesine ulaştığının gösterilmesi zorunludur.

Uluslararası ceza hukukunu, insan hakları hukuku gibi diğer uluslararası hukuk kaynaklarından ayıran temel kavram ve unsurlarına yönelik bu zorunlu kısa açıklamalardan sonra yeniden asıl soruya: "*uluslararası ceza hukukunun amacının ne olduğu*" sorusuna dönebiliriz.

I.8. Uluslararası Ceza Hukukunun Esaslı Normu Olarak Cezasızlık

Uluslararası ceza hukukunun amacını belirlemeye yardımcı olabilecek en esaslı norm, amacını ortaya koyan en temel bakış açısı *cezasızlıkla mücadele* kavramıdır. Bu başlık altında inceleyeceğimiz cezasızlık kavramı aslında neredeyse diğer bütün uluslararası hukuk disiplinlerini de birbirine bağlayan gerek küresel gerekse bölgesel bütün bir insan hakları mimarisini ayakta tutan ana sütun olduğunu da ortaya koymaktadır. Uluslararası ceza hukukunu ve insan hakları hukukunu meşrulaştırmaya yönelik bütün o "*cezasızlıkla mücadele*",

91 Bkz., *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı BM Sözleşmesi*, md. 12; *Herkesin Zorla Kaybettirmeden Korunması Uluslararası Sözleşmesi*, md. 12; *İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Amerikalılar Arası Sözleşmesi*, 8. md.; *Zorla Kaybedilenlere Dair Amerikalılar Arası Sözleşmesi*, 1. md.

92 Uluslararası Ceza Mahkemesi, 16 Aralık 2011 tarihli *Callixte Mbarushimana* kk., ICC-01/04-01/10-465-Red, § 246.

93 Roma Statüsü, md. 8(2)(d) ve (f).

"*cezasızlık boşluğunu*" doldurmak, "*cezasızlık kültürüne*" son vermek gibi nitelemeler, mevcut uluslararası ceza hukukunun normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alan, genel olarak amacı meşrulaştırma bakımından en kullanışlı kavramsal aparat olarak karşımıza çıkmaktadır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, "*cezasızlıkla mücadeleyi*" insan haklarının korunması bakımından örgütünün temel görevlerinden biri olarak anlamaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran *Roma Statüsü*'nün başlangıç bölümü: *"[uluslararası] suçların faillerinin cezasızlığına son verme ve böylece bu suçların önlenmesine katkıda bulunma kararlılığı*"nı vurgulamaktadır.

Birleşmiş Milletler temel insan haklarını gerçekleştirmek ve korumak için küresel standart olarak cezasızlıkla mücadeleyi asıl norm olarak kabul etmiş görünmektedir. Başka belgelerde de, "*cezasızlıkla küresel savaşın*", örneğin Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin çalışmasını belirleyen ana unsur olarak tanımlandığı görülmektedir ve aynı şekilde Eski Yugoslavya Uluslararası Mahkemesi'nin mirasını "*cezasızlığın sona erdirilmesi*" olarak belgelemiştir.

Birleşmiş Milletler ve onun ilgili hukuki ve diplomatik organlarının dışında, uluslararası ceza hukukunun birincil destekçisi olarak cezasızlığın tanımı da şu anda nerdeyse standart olmuştur. *Uluslararası Adalet için Brüksel Çalışma Grubu* gibi çalışma grupları, uluslararası adaletin işleyişinde ve insan haklarının uygulanmasında cezasızlıkla mücadele ilkesinin değişik versiyonlarını formüle etmektedirler.[94] Burada vurgulanması gereken cezasızlıkla mücadelenin niteliği, kapsamı ve araçlarının hala oluşum halinde olduğudur.

Cezasızlık bağlamı üzerinden konuşacak olursak, özellikle uluslararası alanda saygınlığı olan Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme ve Uluslararası Kriz Grubu gibi uluslararası insan hakları örgütleri, Soğuk Savaş'ın hemen sonrasında ortaya çıkan elverişli siyasal iklimin de yardımıyla 90'lı yıllardan 2000'li yılların başına kadar, ana mücadele hatlarını, dünya çapında cezasızlıkla mücadele dalgasını arkalarına alarak temel hakları suiistimal eden Devletleri tespit etme, onları dönüştürme ve politik süreçler aracılığıyla baskı altına alma çabalarının yanında, bu Devletlerde işlemeyen ceza hukuku süreçlerine doğru kaydırdılar.

Bu dönemde cezasızlıkla mücadele, sadece uluslararası ceza hukukunda başat bir konuma yükselmekle kalmadı, aynı zamanda uluslararası hukukun insan hakları hukuku gibi komşu alanlarına da sızdı. Bugün için, ağır insan hakları ihlallerine insan hakları hukukunun uygulanması, geniş olarak bir ceza hukuku sorunu haline gelmiştir.

Ancak mağdurların adalet taleplerinin karşılanabilmesi adına alan kazanımlarının bütün olumlu yönlerine karşın, insan hakları mücadelesinin çeşitliliğini ve araçlarını kısırlaştırma gibi bir tehlikenin ötesinde, cezasızlıkla mücadeleyi insan hakları mücadelesinin ana omurgası haline getirilmesi istismarcı devletlere sorumluluklarından kaçabilmeleri için kendi ceza sistemlerini kolaylıkla istismar edebilmeleri nedeniyle konforlu bir alan açma tehlikesini de gündeme getirmektedir.

Aşağıda da görüleceği üzere, cezasızlık ve af yasaları arasındaki gerilimin tarihsel çözümlemesi, sadece bu tehlikenin bir boyutudur. Bu bağlamda görmezden gelinemeyecek bir

94 Uluslararası Adalet İçin Brüksel Grubu: "*Brussels Principles Against Impunity and for International Justice*", Kasım 2002.

şekilde, cezasızlığın, insan hakları hareketini ceza adaleti içine hapsetmesi tehlikesine yönelik eleştiriler de giderek sesini yükseltmektedir.[95]

Asıl ilginci, cezasızlıkla mücadelenin ana destekleyici sütunlarından biri olan yargısal nitelikteki uluslararası insan hakları organlarının kararlarında cılız da olsa bu eleştirilerin yersiz olmadığını gösteren argümanlar ileri sürülmüş olmasıdır.[96] Ancak uluslararası insan hakları hareketinin bu uyarıya hak ettiği ilgiyi gösterdiğini söylemek zor görünüyor.

Bu noktada bir ara verip, ceza hukukunun insan hakları hukukunun ana damarı haline getirilmesi eğiliminin oluşumuna öncülük eden tarihsel süreci, af yasaları üzerinden okumak, yukarıdaki eleştirilerin anlamını kavramak bakımından oldukça öğretici olabilir.

I.8.a. Cezasızlığa af taleplerinin tarihsel dönüşümü üzerinden bakmak

Cezasızlık kavramının ortaya çıkışı ve gelişiminin temel izleği Devletlerin insan hakları ihlallerinin sonuçlarından kaçınmak için araç olarak kullandığı af yasalarının insan hakları toplumunda yarattığı tepkinin sonucudur. Aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere, cezasızlıkla mücadelenin insan hakları hukukunda kavramsallaşma sürecinin af yasalarına tepki üzerinden izini sürmek mümkün.

Dolayısıyla, af izleği üzerinden cezasızlığın insan haklarının korunmasında zorunlu bir unsur haline gelmesinin kabaca *dört aşamadan* geçtiğini söylemek mümkündür:[97]

Birinci aşama

Cezasızlığın insan hakları hareketinin talepleri ve ana doğrultusunun cezasızlıkla ilişkisi siyasi mahpuslar üzerinden şekillenmiştir. Bu bakımdan ilk aşamayı 1960-1970'li yıllar boyunca insan hakları hareketlerinin ana doğrultusunun özellikle Orta ve Güney Amerika'ya yönelik, ancak o tarihlerde *İspanya*, *Portekiz* ve *Yunanistan* örneklerinde görüleceği üzere Avrupa'da da mevcut olan otoriter baskıcı rejimlerin dünya insan hakları toplumu için görünür mağdurları, siyasal mahpuslara yönelik bir af talebi etrafındaki yoğunlaşmayla kendisini ortaya koyar.

Buradaki temel yaklaşım, siyasi mahpusların ifade özgürlüklerini kullanmaları nedeniyle bu rejimler tarafından özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları, dolayısıyla keyfi bir şekilde tutulduklarından salıverilmelerinin en kestirme yolu, meşru bir talep olarak siyasal mahpus-

95 Karen Engle, "*Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights*", *Cornell Law Review*, 2015, vol. 100, sf. 1071; ayrıca insan hakları mücadelesinin ana omurgasına ceza adaleti üzerinden götürmenin devletleri benzer suiistimalleri sürdürmek konusunda cesaretlendirdiğine dair uyarı ve eleştiriler bakımından bkz., Mattia Pinto: "*Awakening the Leviathan through Human Rights Law–How Human Rights Bodies Trigger the Application of Criminal Law*", Utrecht Journal of International and European Law, (2018) 34(2), sf. 161-184.

96 Bkz., İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi: 29 Temmuz 1988 tarihli *Velásquez Rodríguez v Honduras* kararı, Series C No.4, § 34. İnter-Amerikan Mahkemesi bu kararında "*İnsan haklarının uluslararası koruması ceza adaletiyle karıştırılmamalıdır. Devletler, bir suç eyleminde sanık olarak Mahkeme önüne çıkmaz. Uluslararası insan hakları hukukunun amacı, ihlallerin faili olan kimseleri cezalandırmak değildir, daha çok mağdurları korumak ve Devletin sorumlu olduğu eylemlerin sonucu oluşan zararlara giderim sağlamaktır*", demiştir. Bu cümle daha sonra İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin cezasızlık sorununu tartışan kararlarında pek çok defa yankılanmıştır. Bkz., 13.06.2002 tarihli *Anguelova v. Bulgaristan* kararı, [38361/97], Yargıç Bonello'nun muhalefet şerhi, §11; 09.11.2004 tarihli *Hasan İlhan v. Türkiye* kararı, [22494/93], Yargıç Loucaides'in kısmi muhalefet şerhi. Yukarıda 73. nolu dipnotta belirtilen makalesinde *Pinto*, bu tür erken bir uyarının yapıldığı *Velásquez Rodríguez* kararının bir şekilde faillerin cezalandırmasının insan hakları hukukunun temel amacı haline gelmesi eğiliminin öncü içtihatlarından biri olmasının ironik olduğunu belirtmiştir.

97 Bkz., Cezasızlık konusunun hukuki bir form almasına yaptığı katkılarla insan hakları hukuku alanında efsane figürlerden biri haline gelen *Louis Joinet* tarafından hazırlanan, "*The Administration of Justice and The Human Rights of Detainees – Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*" adlı sonuç raporu, UN Comission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities Fortyninth session Item 9 of the provisional agenda, 26 June 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20.

lara yönelik af çıkarmaları için bu çürümüş rejimlere karşı ulusal/uluslararası baskıyı örgütlemekti. Özgürlük simgesi olarak af, bu dönemde toplumun geniş kesimlerini harekete geçirebilecek bir konu olarak birçok hareketi birleştiren bir işleve sahipti ve bu otoriter rejimlere karşı barışçıl bir direnişin temel göstergelerinden birini oluşturuyordu.

İkinci aşama

Bu aşamaya 1980'lerle birlikte geçilmiştir. Özgürlük simgesi olarak af, askeri diktatörlüklerin zamanını doldurmaya başladıkları bir döneme girildiğinde bu rejimlerin hala zamanları varken kendi sorumluluklarından giderek sıyrılmalarının bir fırsatı haline geldi.[98] "Kendine af" (*self-amnesty*) olarak adlandırılan bu yaklaşım, beraberinde Plaza de Mayo annelerinin önderliğinde Latin Amerika'da mağdurların örgütlenme yetilerini güçlendirmeleriyle birlikte diğer kıtalara da yayılan güçlü bir tepkiyi de ateşledi.[99]

Üçüncü aşama

Berlin Duvarı'nın yıkılmasıyla birlikte Doğu Bloğunun çökmesi soğuk savaşın sonunu getirirken, bu dönem pek çok ülkede süregelen silahlı iç çatışmaları sona erdiren barış anlaşmalarının beraberinde getirdiği demokrasiye dönüş süreçleri ile kendini hissettirmekteydi. Gerek ulusal diyalog gerekse barış müzakereleri yoluyla olsun, baskıcı rejimlerin temsilcilerinin her şeyin unutturulmasına yönelik ihtirasları ile mağdurların adalet talepleri arasında imkânsız bir denge tutturmaya çalışan taraflar arasında cezasızlık meselesinin çözümü, giderek yakıcı bir sorun halini aldı.

Dördüncü aşama

Dördüncü aşama, uluslararası toplumun cezasızlıkla mücadelenin öneminin farkına varmaya başladığı döneme karşılık gelmektedir. Özellikle bu dönemde, *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi*'nin ağır insan hakları ihlallerinin faillerine yönelik bir affın herkesin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkına aykırı olduğuna hükmetmesi bu önemin uluslararası insan hakları mahkemelerince de anlaşılmaya başlandığını da gösteriyordu. Daha sonra bu yaklaşım, Haziran 1993 tarihinde Viyana'da toplanan İnsan Hakları Dünya Konferansı'nın "*Viyana Bildirisi ve Eylem Programı*" olarak adlandırılan sonuç belgesinde teyit edilmiştir.[100]

I.8.b. Uluslararası İnsan Hakları organlarının cezasızlıkla ilgili hukuki söyleminin doğuşu

Konseye dönüşmeden önceki *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu* ve özellikle *Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu*'nun bu alandaki öncü çalışmalarının ve *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu* ve *Mahkemesi'nin* içtihatlarının hukuki söylemin oluşumunda belirleyici rolleri olmuştur. Alt Komisyon, daha 1981 gibi erken bir tarihte,

98 Örnek olarak, *Kosta Rika*, *El Salvador*, *Guatamala*, *Honduras* ve *Nikaragua* Hükümetleri tarafından 1987 yılında imzalanan *Esquipulas I* ve *II Anlaşmaları*. Bu anlaşmaların hemen ardından Guatemala, Honduras, Nikaragua ve El Salvador Hükümetleri yürürlüğe koydukları af yasalarıyla kendi görevlilerince gerçekleştirilen insan hakları ihlallerindeki sorumluluklarından sıyrılma imkanına kavuştular. Ancak bu eğilim sadece Orta Amerika ile sınırlı değildi. Güney Amerika'daki askeri cunta rejimleri zaten bu yolun taşlarını döşemiş durumdaydılar. Örneğin, Şili'de 11 Eylül 1973 ile 10 Mart 1978 tarihleri arasında rejimin işlediği suçları yargılama konusu olmaktan çıkaran 1978 tarihli Başkanlık Af Kararnamesi; Arjantin'de askeri cunta rejiminin 1976-1983 tarihleri arasında işlenen insan hakları ihlallerinin soruşturulması ve yargılamasını durduran "*Punto Final*" ve "*Obediencia Debida*" olarak adlandırılan yasalar. Uruguay'da da benzer bir af yasası 22 Aralık 1986 yılında çıkarılmıştır.

99 Bu dönemdeki tepkinin örgütsel merkezinde *Kayıp Yakınları Latin Amerikan Federasyonu* (Latin American Federation of Associations of Relatives of Disappeared Detainees- FEDEFAM) adlı kuruluş bulunduğunu söylemek yanıltıcı olmaz.

100 Viyana Bildirisi ve Eylem Programı, A/CONF.157/24, Bölüm II, § 91.

devletleri cezasızlıkla mücadele konusunun altını oyan af yasaları çıkarmamaları konusunda çağrıda bulunmuştur.[101] Alt Komisyon, sonraları aflara dair özel raportörlük oluşturmuş ve alt raportör olarak atanan *Joinet*, yukarıda açıklanmaya çalışılan tarihsel süreçte insan hakları hukuku bağlamında "*kendine afları*"[102] (*"self amnesties*") bir anlamda mahkum eden çalışmasını yayınlamıştır.[103] Bu çalışma, *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu*'nun bir dizi af karşıtı içtihadının oluşumunu tetiklemiştir.[104] Joinet, 1991'de *Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesi için İlkeler Demeti* taslağı ile sonuçlanacak cezasızlıkla ilgili bir çalışma başlatmış,[105] bu çalışma Alt Komisyon tarafından 1997 yılında kabul edilmiştir.[106] Cezasızlıkla mücadele alanında yukarıda anılan gelişmelerin Haziran 1993 tarihinde Birleşmiş Milletler öncülüğünde Viyana'da *İnsan Hakları Dünya Konferansı*'nın sonuç belgesi *Viyana Bildirisi ve Eylem Programı*'nda yansımalarının görülmesinde önemli payı olmuştur.[107]

I.8.c. Birleşmiş Milletler ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemlerinde üretilen belgeler ile insan hakları yargı organlarının içtihatlarında cezasızlık

Yine bu dönemde cezasızlıkla mücadelenin temellerini oluşturan uluslararası belgeler kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, *Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair Prensipler* aldı belgedir.[108] Bu belgenin 18. maddesi aşağıdaki hükmü öngörmüştür:

> "Hükümetler egemenlikleri altındaki herhangi bir bölgede hukukdışı, keyfi veya kısayoldan infazlara katıldıkları soruşturmayla tespit edilen kimselerin adalet huzuruna çıkarılmalarını sağlar. Hükümetler bu kimseleri ya adalet huzuruna çıkarır veya bu kimseleri yargı yetkisini kullanmak isteyen diğer ülkelere iade eder. Faillerin ve mağdurların kim olduklarına ve nerede olduklarına, bunların milliyetlerine veya suçun nerede işlendiğine bakılmaksızın, bu ilke uygulanır."

Aynı belgenin 19. maddesi ise:

> "bir amirin veya bir kamu makamının verdiği emirler hukukdışı, keyfi veya yargısız infazları haklı göstermek için ileri sürülemez. Emirleri altındaki görevliler tarafından

101 Resolution No. 15 (XXXIV) of 1981.

102 İngilizce'de "self-amnesty" olarak kullanılan bu kavramın daha önce Türkçe hukuk literatüründe kullanıldığına rastlamadığımızdan "kendine-af" karşılığı uygun görünüyor. Kendine af, burada bildiğimiz genel ya da özel nitelikteki olağan af uygulamalarından farklı olarak, Devletlerin işlediği insan hakları ihlallerinin sorumluluğundan kaçmak; Devlete mensup kamu görevlileri ya da onların desteklediği ya da göz yumduğu failleri ceza yaptırımı tehdidinden korumak, hesap verilmesini engellemek üzere tasarlanmış af uygulamasıdır.

103 Bkz., Alt Komite'nin Af Özel Raportörü Joinet tarafından hazırlanan çalışma için, UN Comission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: "*Study on amnesty laws and their role in the safeguard and promotion of human Rights*", 21 Haziran 1985, E/CN.4/Sub.2/1985/16.

104 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun af karşıtı diğer içtihatlarının yanında bkz., Report No. 28/92, OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 14, corr.1 (1992-93) (Arjantin); Cases 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374, 10.375; IACHR Report No. 29/92, OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 14, corr.1 (1992-93) (Uruguay). Ayrıca peşi sıra gelen diğer bazı kararlar için bkz., 16 Ekim 1997 tarihli, *Hugo Bustíos Saavedra v. Peru*, Report No. 48/97, Case No. 10.548; 19 Şubat 1998 tarihli *Ángel Escobar Jurado v. Peru*, Report No. 42/97, Case No. 10.561; 19 Şubat 1998 tarihli *Héctor Pérez Salazar v. Peru,* Report No. 43/97, Case No. 10.562.

105 Bkz., Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komitesi, Karar No. 1991/110- Ağustos 1991.

106 UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, Ek, 2 Ekim 1997.

107 İnsan Hakları Dünya Konferansı– Viyana Bildirisi ve Eylem Programı, Haziran 1993, DPI/1394-8164-Ekim 1993-/M, Bölüm II, § 60: "*Devletler, işkence gibi ağır insan hakları ihlallerinin sorumlularının cezasızlığına yol açan mevzuatı kaldırmalı ve böylesi ihlalleri soruşturmalı ve böylece hukukun üstünlüğü için sağlam bir temel sağlamalıdır*."

108 Ekonomik ve Sosyal Konseyin 1989 tarih ve 1989/65 sayılı Kararıyla kabul edilmiştir. Bu belgenin Türkçe çevirisi için bkz., http://insanhaklari.gen.tr/ site/mevzuatListe.aspx?parm=1&id=0. Bu ve bundan sonraki uluslararası insan hakları belgeleri ile ilgili alıntılar İnsan Hakları Gözlemevi adlı siteden derlenmiştir. Bu sitede bulunmayan belgelere ait alıntılar ise Rehberin yazarı tarafından çevrilmiştir.

> yapılan bu tür eylemleri önlemek için makul imkanlara sahip oldukları halde bunları önlemeyen amirler, memurlar veya diğer kamu görevlileri de bu eylemlerden ötürü sorumlu tutulurlar. Savaş durumu, sıkıyönetim veya olağanüstü durum da dahil hiçbir hal ve şartta hukukdışı, keyfi veya yargısız infazlara katıldığı iddia edilen kimselere kovuşturmadan muafiyet tanınamaz."

Bu belgenin ardından 1992'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına dair Bildiri* gelmiştir. Bildiri affın yasaklanması meselesiyle ilgilenen ilk uluslararası belgedir. Bildiri'nin 18. maddesinde "*Yukarıda dördüncü maddenin birinci fıkrasında gösterilen suçları işleyen veya işlediği iddia edilen kimseler, kendilerini ceza davalarından veya cezai yaptırımlardan muaf tutma sonucunu doğurabilecek herhangi bir özel af kanunundan veya benzeri bir tedbirden yararlanamazlar.*"[109] hükmü öngörülmüştür.

I.8.d. Birleşmiş Milletler Sözleşme Organlarının ürettikleri belgeler ve kararlarda cezasızlık

Cezasızlık alanında BM *İnsan Hakları Sözleşme Organları* yaşamsal önemde bir rol üstlenmişlerdir. Bilindiği gibi ilgili insan hakları sözleşmeleri uyarınca kurulan bu yarı yargısal ya da yargısal organların asli görevlerinin başında taraf Devletlerin genel olarak o sözleşmeye uygunluğunu izleme ve gözlemlerini raporlamalar yoluyla durumlarının takip edilmesi; gözlemler ve genel tavsiyelerde bulunma işlevlerinin yanında öngörülmüş olması halinde bireysel başvurular yoluyla yargısal kararlar verme görev ve yetkileri de vardır.

Bu çerçevede gerek gözlem raporları gerekse bireysel vakalara dair verilen kararlar yoluyla farklı Birleşmiş Milletler'in insan hakları organları cezasızlık sorununu – özellikle afları–, Devletlerin ilgili insan hakları sözleşmelerinde belirtilen ya da uluslararası gelenek hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerine uygunluğunu incelemektedirler. Bunlar arasında, *İnsan Hakları Komitesi*,[110] *İşkenceye Karşı Komite*,[111] *Çocuk Hakları Komitesi*[112] ve *Kadına Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi*[113] tarafından geliştirilen içtihatlar ve izlemeye dayalı görüş ve yorumları sayılabilir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi cezasızlık meselesiyle oldukça erken bir tarih olan 1978 yılında Şili'deki *General Pinochet rejiminin* 2191 sayılı Kararname'nin yayınlanmasıyla getirilen af dolayısıyla ilgilenmek durumunda kalmıştır.[114] İşkence yasağını güvence altına alan Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesini ele aldığı 20 Nolu Genel Yorumunda, İnsan Hakları Komitesi:

> "[a]flar genel olarak Devletlerin bu tür eylemleri araştırma; kendi yargı yetkileri dahilinde böylesi eylemlerin gerçekleşmemesini güvence altına alma ve gelecekte meydana gelmemesini sağlama yükümlülüklerine aykırıdır. Devletler, bireyleri

109 18 Aralık 1992 tarihli Karar, Resolution No. 47/133.

110 Birleşmiş Milletler *Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi* hükümleri uyarınca kurulmuştur.

111 Birleşmiş Milletler İşkence, Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme hükümleri uyarınca kurulmuştur.

112 Birleşmiş Milletler *Çocuk Hakları Sözleşmesi* hükümleri uyarınca kurulmuştur.

113 Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi hükümleri uyarınca kurulmuştur.

114 *İnsan Hakları Komitesi*, UN Doc. Supplement No. 40 (A/34/40), 1979, § 81.

> tazminat ve mümkün olduğunda tam bir rehabilitasyon dahil olmak üzere etkili giderim hakkından mahrum edemezler."[115]

sonucuna ulaşmıştır.

İnsan Hakları Komitesi, *Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'ne Taraf Devletler tarafından kabul edilen afları ele aldığı "sonuç gözlem" raporlarında yukarıda alıntılanan standardının geçerliliğini defalarca teyit etmiştir.[116] İnsan Hakları Komitesi bu tür afların insan hakları ihlallerinin failleri bakımından bir *cezasızlık atmosferi yarattığı* ve insan hakları ve hukukun üstünlüğüne saygılı bir düzenin yeniden kurulması amacına zarar verici etkiye yol açan koşulların Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi uyarınca Devletlerin yükümlülüklerine aykırı olduğunu vurgulamıştır. Komite ayrıca böylesi af yasalarının Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin insan hakları ihlalleri mağdurlarının korunan etkili başvuru yolunu güvence altına alan 2. maddesi uyarınca Taraf Devletlerin üstlendiği yükümlülüklere aykırı olduğuna karar vermiştir.

Paraguay'da 1954-1989 yılları arasında hüküm süren Stroessner'in dikta rejiminde olduğu gibi af yasaları ya da benzeri tedbirlere başvurulmamasına rağmen ağır insan hakları ihlallerin cezasız bırakıldığı koşullara ilişkin olarak *Komite*: "*Taraf Devlet, Hakikat ve Adalet Komisyonu tarafından belgelenen tüm ciddi insan hakları ihlali vakalarının usulüne uygun olarak soruşturulmasını ve sorumluların yargılanmasını ve gerektiğinde cezalandırılmasını sağlamalıdır.*", demiştir.[117] Yine, af niteliği taşımayan, ancak ağır insan hakları ihlalcilerini aklayan ya da bunların soruşturulmasından feragat anlamına gelen buna benzer hukuki tedbirlere ilişkin olarak, İnsan Hakları Komitesi, böylesi tedbirlerin cezasızlığa yol açtığı ve "*Devletlerin Sözleşme ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü dahil ciddi insan hakları ve ağır niteliklerinin dikkate alındığı uygun cezalar getiren uluslararası insancıl hukuk ihlallerini soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğüne uymaları gerektiğine*" karar vermiştir.[118]

İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Mart 2004 tarihli, *Sözleşmeye Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin Niteliğine* dair *31 Nolu Genel Yorumu*'nda işkence, yargısız infazlar ve zorla kaybetmeler gibi ağır insan hakları ihlallerine göndermede bulunurken, "*Taraf Devletler sorumluları adalet önüne çıkarmasını güvence altına almakla yükümlüdür. Soruşturma yükümlülüğü başarısızlığında olduğu gibi, böylesi ihlallerin faillerini adalet karşısına çıkarmaktaki başarısızlık, Sözleşme'nin kendisini olduğu gibi kendi başına ayrı bir maddenin ihlaline neden olabilir. [...] Gerçekten de Komite için sürekli bir endişe konusu olan, bu tür ihlaller bakımından cezasızlık sorunu, ihlallerin yeniden meydana gelmesinde oldukça önemli bir destekleyici unsur olabilir. Sivil nüfusa karşı yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olarak işlendiğinde, bu Sözleşme ihlalleri insanlığa karşı suçları oluşturur [...] Dolayısıyla, kamu görevlileri ya da Devlet ajanları bu paragrafta geçen Sözleşme ihlallerini işlediklerinde ilgili Taraf Devletler belirli aflarda ve önceki hukuki muafiyetler ve güvencelerde gerçekleştiği gibi faillerin kişisel sorumlu-*

115 *İnsan Hakları Komitesi*'nin 7. maddeye ilişkin 1992 tarihli Genel Yorum No. 20 (44), 44th Period of Sessions of the Human Rights Committee (1992) in Official Documents of the General Assembly, forty- fourth period of sessions, Supplement No. 40 (A/47/40), Annex VI.A.

116 Bkz., diğer bir dizi raporunun yanında İnsan Hakları Komitesi'nin Peru'ya dair sonuç gözlemleri, 1996, CCPR/C/79/Add.67, §§ 9 ve 10 ve 15 Kasım 2000 tarihli sonuç gözlemleri, CCPR/CO/70/PER, § 9; 5 Nisan 1995 tarihli, CCPR/C/79/Add.46 ve 3 Kasım 2000 tarihli Arjantin'e dair sonuç gözlemleri, CCPR/CO/70/ARG, § 9. UN Doc. CCPR/C/79/Add.104, § 7; 22 Ağustos 2003 tarihli El Salvador'a dair sonuç gözlemleri, CCPR/CO/78/SLV, § 6; Ayrıca bkz., UN Doc. CCPR/C/79/Add.34, § 7; 1 Ocak 2009 tarihli İspanya'ya dair sonuç gözlemleri, CCPR/C/ESP/CO/5, § 9; 3 Nisan 2008 tarihli Eski Yugoslav Cumhuriyeti Makedonya'ya dair sonuç gözlemleri, CCPR/C/MKD/CO/2, § 12.

117 İnsan Hakları Komitesi'nin 6 Ağustos 2010 tarihli sonuç gözlemleri: Kolombiya, CCPR/C/COL/CO/6, § 9. Ayrıca 31 Mart 1982 tarihli *María Fanny Suárez de Guerrero v. Kolombiya* kararındaki görüşler için bkz., Communication No. 45/1979.

118 İnsan Hakları Komitesi'nin 6 Ağustos 2010 tarihli sonuç gözlemleri: Kolombiya, CCPR/C/COL/CO/6, § 9. Ayrıca bkz. 31 Mart 1982 tarihli *María Fanny Suárez de Guerrero v. Kolombiya* kararındaki görüşler için, [45/1979].

luklarını açığa çıkarmamış olabilirler. Hukuki sorumluluğun tespiti önündeki hiyerarşik üstün emrine uyma ya da zamanaşımının uygulandığı durumlarda bu sürenin makul olmayan bir kısalıkta olması gibi diğer engeller de ayrıca kaldırılmalıdır. Taraf devletler ayrıca iç hukuk ya da uluslararası hukuk uyarınca cezalandırılabilir nitelikteki Sözleşme ihlallerinde bu eylemleri işlediğinden şüphelenilen kimseleri adalet önüne çıkarmak için birbirine yardımcı olmalıdır." tespitinde bulunmuştur.[119]

İşkenceye Karşı Komite de cezasızlık konusunda İnsan Hakları Komitesi'ne benzer bir pozisyon almaktadır. İşkenceye Karşı Komite, işkence eylemlerini işleyenleri cezasız bırakan af yasaları ve benzer tedbirlerin İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin sözü ile ruhuna aykırı olduğuna karar vermiştir.[120] Senegal'e ilişkin "sonuç gözlemlerinde" İşkenceye Karşı Komite, "*af yasaları temelinde işkence eylemlerine cezasızlık sağlamayı gerekçelendirmek bakımından uluslararası ve iç hukuk arasındaki tutarsızlığa*" ilişkin kaygılarını ifade etmiştir.[121] Yine İşkenceye Karşı Komite, af ve benzer hukuki tedbirlerin benimsenmemesinin *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme* uyarınca öngörülen yükümlülüklere Devletin uygun davranmasının olumlu bir unsurunu oluşturduğuna işaret etmiştir.[122]

İşkenceye Karşı Komite, ağır insan hakları ihlallerine karşı faillerin cezai sorumluluğunu öngörecek yeterli hukuki çerçevenin öngörülmesinde *başarısızlık* ve *saçmalık* derecesinde hafif cezaların verilmesinin "*uluslararası insan hakları yükümlülüklerine aykırı bir fiili af*" oluşturduğu kanısındadır.[123] İşkenceye Karşı Komite böylesi tedbirlerin, ihlalin ağırlığının dikkate alındığı bir mahkumiyet hükmünü içerir şekilde işkence suçlarını soruşturmak ve cezalandırma konusunda Sözleşme ve *Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsü* dahil diğer uluslararası belgelerdeki yükümlülüklere aykırı olduğunu vurgulamıştır.

İşkenceye Karşı Komite, 2008 tarihli 2 Nolu Genel Yorumunda, işkence ve kötü muamele yasağının "*emredici bir jus cogens norm*" olma niteliğini hatırlatarak, "*işkence faillerinin derhal ve adil bir şekilde soruşturulması ve cezalandırılmasını sağlamayı engelleyici ya da bunu sağlama konusundaki gönülsüzlüğü gösteren af ya da diğer engellerin işkencenin yükümlülük azaltılamazlığı (non derogability) ilkesini ihlal ettiğini*" belirtmiştir.[124]

Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, 1990'lardan beri "*faillerin cezasızlığını bu suçların meydana gelmesi ve yinelemesine katkıda bulunan en önemli unsur olduğunu*" vurgulamaktadır.[125] Bu bağlamda Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin incelediği pek çok ulusal durum raporlarında cezasızlığa karşı bu pozisyonunu korumuştur.[126] Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Burundi'de "*etnik topluluklara karşı insan hakları ihlallerinden suçlu olanların etkisiz bir şekilde soruşturulmaları, yargılanmaları ve cezalandırılmalarının hem hukukun üstünlüğünün güçlendirilmesi hem de demokratik kurumlara güveninin*

119 İHK, 29 Mart 2004 tarihli Sözleşme'ye Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerine dair *31 Nolu Genel Yorum*, § 18; Bu ve bundan sonraki bütün Genel Yorum çevirileri tarafımdan yapılmıştır [Y.N.]

120 İşkenceye Karşı Komite, 23 Kasım 1989, Communications No. 1/1988, 2/1988 ve 3/1988 (Arjantin), § 7.3.

121 İşkenceye Karşı Komite, Senegal'e dair, 9 Temmuz 1996 tarihli sonuç gözlemler, §§ 102-119. paragraflar.

122 İşkenceye Karşı Komite'nin 5 Mayıs 1997 tarihli Paraguay'a dair sonuç gözlemleri,189-213. paragraflar, UN Doc A/52/44; 23 Aralık 2002 tarihli Venezuela'ya ilişkin sonuç gözlemleri, CAT/C/CR/29/2, § 6.

123 İşkenceye Karşı Komite'nin 4 Mayıs 2010 tarihli Kolombiya'ya dair sonuç gözlemleri, CAT/C/COL/CO/4, § 14.

124 İşkenceye Karşı Komite, Taraf Devletler'in 2. madde uygulamasına dair 2 Nolu Genel Yorumu, § 5.

125 İnsanlığa karşı suçları soruşturulması için uluslararası yargı yeri kurulmasına dair XVIII sayılı Genel Yorum.

126 Diğerlerinin yanında Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi sonuç raporları için bkz.: Bolivya (CERD/C/BOL/CO/17-20, 8 Nisan 2011, § 17); Burundi (A/49/18, 1995, § 44 ve CERD/C/304/Add.42, 18 Eylül 1997, § 14); Çad (A/49/18, 1995, §§ 555 ve 560); Şili (CERD/C/CHL/CO/19-21, 23 Eylül 2013); Kolombiya (CERD/C/COL/CO/14, 28 Ağustos 2009, § 21); ve Ruanda (A/49/18, 1995, § 59).

inşası çabalarının altını oyarak tehdit ettiğini" ifade etmiştir. "*İnsan hakları ihlallerinin failleri-nin cezasızlığıyla ifade edilen kaygı, yinelenen ve dizginlenmemiş şiddet tehdidini teşvik eden unsurlardan biridir*."[127] Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, 2005 tarihli Soykırımın Önlenmesi Bildirisi'nde, "*Uluslararası Ceza Mahkemesi önüne gönderilen savaş suçları ve insanlığa karşı suçların işlenmesine yol açan cezasızlık ikliminin ortadan kaldırılmasının zorunlu olduğu kanısında*" olduğunu ifade etmiştir.[128]

Çocuk Hakları Komitesi de, kendi ilgi alanı yönünden, çocukların mağduru olduğu ağır insan hakları ihlali durumlarında hem fiili hem de hukuki cezasızlığa bir son verilmesi konusunda defalarca çağrıda bulunmuştur.[129] Çocuk Hakları Komitesi, Kongo Demokratik Cumhuriyeti vakasında, "*[...] Af Yasası temelinde Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü uyarınca savaş suçu oluşturan çocukları askere almak ve kullanmaktan sorumlu olan kimsenin serbest bırakılmadığından emin olunması*" çağrısında bulunmuştur.[130] Çocuk Hakları Komitesi, silahlı çatışma çerçevesinde silahlı grupların ve Devletin güvenlik güçlerinin işlediği savaş suçu oluşturan tecavüz, cinsel kölelik, zorla fahişelik ve zorla hamile bırakma fiillerini hatırlatarak, Devletlerin "cezasızlığı önleme yükümlülüğü" altında olduğunu vurgulamıştır.[131]

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, defalarca üye Devletlere kadına karşı şiddet ve özellikle cinsel şiddet vakalarında cezasızlığa son verme, bu suçların faillerinin yargılanması ve yaptırıma tabi tutulmasını sağlama çağrısında bulunmuştur.[132] Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi*'nin 2. maddesinin Taraf Devletlerin kadına karşı insan hakları ihlallerinin faillerini adalet önüne çıkarma yükümlülüğü altında olduğunu hatırlatmıştır. Aynı şekilde Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi aşağıdaki yorumda bulunarak bu konudaki pozisyonunu belirginleştirmiştir:

> *"çatışma sona erdiğinde, toplum 'geçmişle başa çıkma' gibi karmaşık bir görevle yüzleşir ve bu eylemleri nedeniyle insan hakları ihlalcilerinin sorumlu tutulmasını ve hukukun üstünlüğünü onararak, Giderim eşliğinde adaletin sağlanması yoluyla mağdurların bütün ihtiyaçlarının yerine getirilmesini gerektirir [...] Geçmişteki pasif bir şekilde kabullenme sessizlik ve damgalanma kültürünü güçlendirir. Hakikat ve uzlaşma komisyonları gibi uzlaşma süreçleri, kadın mağdurlara sıklıkla güvenli bir ortamda geçmişleriyle başa çıkma fırsatı sağlar ve resmi tarihi kayıtları oluşturur, bununla birlikte bu, asla kadın ve kızlara karşı gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinin soruşturmaları ve kovuşturmalarının yerine geçerek kullanılmamalıdır.*

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi ayrıca genel olarak, çatışma ve çatışma sonrası koşullarında, Devletlerin:

---

127 Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Komitesi Raporu, A/49/18, 1995, § 44.

128 "Soykırımın Önlenmesi Bildirisi," 11 Mart 2005, § 11, UN Doc. CERD/C/66/1.

129 Diğerlerinin yanında Çocuk Hakları Komitesi'nin sonuç raporları için bkz.: Şili, CRC/C/CHIL/CO/3, 23 Nisan 2007, § 70; Brezilya, CRC/C/15/Add.241, 3 Kasım 2004, § 41; ve Kolombiya, CRC/C/COL/CO/3, 8 Haziran 2006, 44, 45, 51, 80 ve 86. paragraflar.

130 UN Doc. CRC/C/OPAC/COD/CO/1, of 1 Mart 2012, § 39.e.

131 Çocukların silahlı çatışmalara dahil olmasına dair Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Seçimlik Protokolü'nün 8. maddesi uyarınca Taraf Devletlere sunulan görüş raporları. Sonuç gözlemleri: Kolombiya, CRC/C/OPAC/COL/CO/1 of 21 Haziran 2010, § 35.

132 Diğerlerinin yanında CEDAW'ın sonuç raporları için bkz.: Peru, CEDAW/C/PER/CO/6, 2 Şubat 2007, 18 ve 19. paragraflar; Kolombiya, CEDAW/C/COL/CO/7-8, 29 Ekim 2013, 15 ve 16. paragraflar; Sierra Leone, CEDAW/C/SLE/CO/6, 28 Şubat 2014, 20 ve 21. paragraflar; Bosna Hersek, CEDAW/C/BIH/CO/4-5 30 Temmuz 2013; Kongo Demokratik Cumhuriyeti, CEDAW/C/COD/CO/6-7, 30 Temmuz 2013, § 10; ve Guatemala, CEDAW/C/GUA/CO/6, 2 Haziran 2006, 23 ve 24. paragraflar.

> *"uzlaşma süreçlerine yönelik desteğin, özellikle kadınlara ve kız çocuklarına yönelik cinsel şiddet gibi insan hakları ihlallerinin örtüsü olarak af ile sonuçlanmadığından emin olunması ve bu tür süreçlerin böylesi suçlara karşı cezasızlıkla mücadele çabalarını güçlendirilmesinin sağlaması"*

gerektiğini de vurgulamıştır.[133]

Burada kısaca yukarıda açıklanmaya çalışılan küresel insan hakları sistemini oluşturan Birleşmiş Milletler insan hakları organlarının ürettiği içtihat ve hukuksal yorumlarına ara verip, cezasızlık kavramının hukuksal gelişimine çok büyük katkıları olan *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemine* özel bir yer açmak kaçınılmaz görünüyor.

I.8.e. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi ve cezasızlık

Amerika kıtasında insan haklarını koruma sistemi *Amerikan Devletleri Örgütü* (OAS) tarafından oluşturuluştur. Bu örgüt tarafından uzun uğraşlardan sonra oluşturulan İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin Kosta Rika'nın San José kentinde 25 ülkenin katılımıyla 22 Kasım 1969 tarihinde kabul edilmiştir. Yeterli onay sayısına ulaştığı 1978 yılında yürürlüğe girmiştir. İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin denetim organları ise *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu* ile *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi*'dir.[134] Aşağıda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi'ne ait bu iki denetim organının cezasızlıkla mücadele pratiğine ilişkin örnekleri bulacaksınız.

I.8.e.1. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu

Yukarıda da pek çok örneği görüldüğü gibi cezasızlık konusu askeri cunta rejimlerinin demokrasiye geçiş süreçleri sırasında ilgili rejimlerin ağır, yaygın ve sistematik insan hakları ihlallerinin sorumluluğundan kaçınma gayretiyle yürürlüğe soktukları (kendine) af yasaları nedeniyle *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu* ve *Mahkemesi*'nin gündemine gelmiştir. Bu soruna *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu*, 1992'den bu yana istikrarlı olarak yanıtı: "*Af uygulaması Taraf Devletlerin [İnsan Hakları Amerikan] Sözleşmesi'nin 1.1. maddesi uyarınca varsayılan yükümlülüklerini etkisiz ve değersiz kılar ve bu nedenle bu maddenin ihlalini oluşturur ve suçluların yargılanması ve cezalandırılmasını sağlayan böylesi hakları korumak bakımından en etkili aracı ortadan kaldırır.*" şeklindedir ve bu temel içtihadını pek çok kararında teyit ederek sürdürmektedir.[135]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu af uygulaması konusunda aşağıdaki yaklaşımını *Angel Escobar Jurado v. Peru* kararında daha da netleştirmiş ve aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

> "Zorla kaybetme halinde, Devlet mağdurun akıbetini ve mevcut durumunu tespit etme, sorumluları cezalandırma ve mağdurun yakınlarının zararlarını tazmin etme görevi ile bağlıdır. [...] Peru Af Yasaları, ..., Mayıs 1980 – 14 Haziran 1995

133 Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, çatışmaların önlenmesi, çatışma ve çatışma sonrası koşullara dair 30 Nolu Genel Yorum, CEDAW/C/GC/30, of 1 Kasım 2013, 74, 78 ve 81. paragraflar.

134 Bizim alışkın olduğumuz Avrupa Konseyi sisteminden ciddi farklılıklar içeren ve daha karmaşık bir yapısı olan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi'nin işleyişine ilişkin ayrıntılı bilgi edinmek isteyenler için, bkz. Volkan Aslan: "*Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi*", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Yıl.2012, sf 261-296; ayrıca bkz., Yurdanur Ural Uslan ve Tuğba Güner: "*İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi*", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2014, C.19, S.2, sf. 309-322; Uğur Samancı: "*İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesinin Denetim Organları ve Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının Denetimi*", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 1795-1832.

135 Bkz., diğerlerinin yanında Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Report No. 36/96, Case 10.843 (Şili), 15 Ekim 1996, § 50.

> arasında silahlı kuvvetlerin ya da başka herhangi bir failin işlediği herhangi bir zorla kaybetme vakasını ya da insan hakları ihlallerini etkili bir şekilde soruşturma açılması konusunda Devletin elini etkili bir şekilde bağlamaktadır. Doğası gereği af, bir eylemden suç unsurunu ya da cezayı kaldırır; eğer birey mahkûm edilmiş ya da cezasını çekmekteyse artık infazı yerine getirilmez. [...] Özet olarak, bu yasa mevcut davada soruşturmaya imkân vermemekte, Amerikan Sözleşmesi ve Hem Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi'nin içtihatları uyarınca Peru Devleti'nin yükümlülüklerini ağır bir şekilde göz ardı etmektedir. Af yasaları, faili ister asker ister sivil olsun insan hakları ihlallerinden sorumlu olanları Devletin soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğüne aykırıdır. Nihayetinde bir af beklentisi, Silahlı Kuvvetler mensubu veya askeri olmayan herhangi bir faile karşı bir cezasızlık örtüsü yaratarak, onların güttükleri dava adına herhangi bir zulmü yapmalarını sağlar ve böyle bir iklim kaçınılmaz olarak aşırılıkları [davet eder] ve hukukun üstünlüğü için aşağılama doğurur. [...] Af yasalarına içkin olan devletin cezasızlık politikası, er ya da geç halkın geri kalanın gözünde ordunun saygınlık ve profesyonelliğinde kayba yol açar."[136]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komitesi, başka bir kararında, "[af] yasalarının, ihlalcilerin yargılanması ve cezalandırılması gibi insan haklarının güçlendirilmesi bakımından en etkili tedbiri ortadan kaldırdığı"nı[137] belirtmiştir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komitesi, Peru, Arjantin, Şili, El Salvador ve Uruguay'daki af yasalarını ele almış ve bu yasaların Amerikan İnsan Hak ve Görevleri Bildirisi ile İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi hükümleri uyarınca Devletlerin yükümlülüklerine aykırı olduğuna karar vermiştir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komitesi, El Salvador'un 1993 tarihli af düzenlemesini ("*Barışın Konsolidasyonu için Genel Af*" isimli 486 sayılı Başkanlık Kararnamesi) ele aldığı kararında:

> "af cezai ve hukuki sorumluluğu ortadan kaldırır ve böylece mağdurun yakınlarının meşru giderim haklarını göz ardı eder. Böylesi bir tedbirin uzlaşmaya katkısı olmayacaktır ve kesinlikle *İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi*'nin 1, 2, 8 ve 25. madde hükümlerine aykırıdır. [...] Dolayısıyla, [...] barış görüşmelerinin ortaya koyduğu herhangi bir gereklilikten bağımsız olarak ve siyasal kaygılara bütünüyle ilgisiz olarak El Salvador Yasama Meclisi'nin geçirdiği çok kapsamlı *Genel Af Yasası*, (Hakikat Komisyonu'nun tavsiyelerine rağmen) ilk sorumluluğu kabul etmeksizin "çift taraflı affı" mümkün kıldığı; insanlığa karşı suçlara uygulandığı ve öncelikli olarak mağdurların herhangi bir uygun maddi tazminat elde etme ihtimalini ortadan kaldırdığı için İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin tarafı olmakla üstlendiği yükümlülüklerin ihlalini oluşturur."

yorumunda bulunmuştur.[138]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komitesi, ayrıca Devletlerin "*insan hakları ihlallerinden sorumlu kimseleri soruşturma, yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü*" bulunduğunu, "[...] Devlet(ler)in bu uluslararası sorumluluklarından feragat edemeyeceğini" söylemiştir.[139]

---

136 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun 19 Şubat 1998 tarihli *Angel Escobar Jurado v. Peru* kararı, Report No. 42/97, Case No. 10.561, 28, 31, 32 ve 33. paragraflar.

137 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun 22 Aralık 1999 tarihli *Ignacio Ellacuría S.J. ve Diğerleri v. El Salvador* kararı, Report No. 136/99, Case 10.488, § 200.

138 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, 11 Şubat 1994 tarihli *Nazario de Jesús Gracias v. El Salvador* kararı, Case No. 11138, Report on the Situation of Human Rights in El Salvador, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 28 rev.

139 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun, 2 Ekim 1994 tarihli Report No. 28/92, Cases No. 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 ve 10.311 (Arjantin), §§ 34 ve 39.

I.8.e.2. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de, 1998'de verdiği bir kararında cezasızlığı "Amerikan Sözleşmesi'nin koruduğu hakları ihlal etmekten sorumlu olanların, bütünüyle soruşturulma, yargılanma, yakalanma yokluğu" olarak tanımlamıştır. Mahkeme ayrıca, "cezasızlık insan hakları ihlallerinin kronik bir şekilde yinelenmesini beslediği; mağdurları ve yakınlarını bütünüyle savunmasız bıraktığı için, Devletin tasarrufunda olan bütün hukuki araçları kullanma sorumluluğu bulunduğu" tespitinde bulunmuştur.[140]

Köşe taşı içtihatlarından biri olan Peru'ya karşı *Barrios Altos katliamı* davasında, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, "*bütün af hükümlerinin, zamanaşımı hükümlerinin ve sorumluluğu ortadan kaldırmak için tasarlanmış tedbirlerin uygulanmasının, hepsi uluslararası insan hakları hukukunun tanıdığı yükümlülük azaltılamaz hakları ihlal eden işkence, yargısız, kısayoldan ve keyfi infazlar gibi ciddi insan hakları ihlallerinden sorumlu olanların soruşturması ve cezalandırılmasını engellemeyi amaçladıkları için bu tedbirlerin hepsinin yasaklanmış*" olduğu tespitinde bulunmuştur."[141] Bu kararında Mahkeme ayrıca aşağıdaki yorumla cezasızlık yasağının hukuki gerekçelerini de son derece sağlam bir temele oturtan aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

> *"İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin 1(1) ve 2. maddelerinde düzenlenen genel yükümlülüklerin ışığında, Taraf Devletlerin Sözleşme'nin 8 ve 25. maddeleri bakımından kimsenin yargısal korumadan mahrum bırakılmama ve basit ve etkili başvuru yolu hakkı güvence altına alacak bütün tedbirleri alma yükümlüdür. Bu nedenle, af yasaları gibi aksi etkisi olan yasaları benimseyen Sözleşme'ye Taraf Devletler Sözleşme'nin 1(1) ve 2. maddeleriyle ilişkili olarak 8 ve 25. maddelerini ihlal etmiştir. Kendine af (self-amnesty) [yasaları], mağdurları savunmasız bırakır ve cezasızlığı kalıcılaştırır; dolayısıyla açıkça Sözleşme'nin amaçları ve ruhuyla bağdaşmaz. Bu tür yasalar soruşturmaların ve adalete erişimin önünü tıkadıkları, mağdurların ve yakınlarının hakikati öğrenmelerini ve karşılığı olan giderimi almalarını engelledikleri için insan hakları ihlallerinden sorumlu bireylerin tespitini önlerler."*[142]

Amerikalılar Arası Mahkemesi son olarak:

> *"[...] –yargısız infaz ve zorla kaybetmeler gibi– uluslararası hukuk uyarınca suçların soruşturulması, faillerin ve bu suçlara katılan başkalarının yargılanması ve cezalandırılmasının uluslararası hukukun emredici (jus cogens) normu"*

olduğunu da ifade etmiştir.[143]

I.9. Cezasızlığa ilişkin uluslararası hukuk normlarının ortaya çıkışı

Yukarıda "*hukuki söylemin doğuşu*" başlığı altında ifade edilmeye çalışıldığı gibi uluslararası insan hakları hukukunda açıkça cezasızlık meselesinin ele alındığı ilk belgeler 1989 tarihli

---

140 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 8 Mart 1998 tarihli *Paniagua Morales ve Diğerleri v. Guatemala* kararı ("Beyaz Minibüs" vakası), Series C No. 37, §173.

141 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 14 Mart 2001 tarihli *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre ve Diğerleri) v. Peru* kararı, Series C No. 87, § 41.

142 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre ve Diğerleri) v. Peru* kararı, § 43.

143 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *diğerlerinin yanında*, 25 Mayıs 2010 tarihli *Chitay Nech ve Diğerleri v. Guatemala* kararı, Series C No. 212, § 86; 24 Kasım 2010 tarihli *Gomes Lund ve Diğerleri v. Brezilya* kararı, Series C No. 219, § 105; 1 Eylül 2010 *Ibsen Cárdenas ve Ibsen Peña v. Bolivya* kararı, Series C No. 217, § 61; 22 Eylül 2006 tarihli *Goiburú ve Diğerleri v. Paraguay* kararı, Series C No. 153, § 84; 24 Şubat 2011 tarihli *Gelman v. Uruguay* kararı, Series C No. 221, § 75.

Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına dair İlkeler ile 1992 tarihli *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına dair Bildiri* olmuştur. Her iki belge de yargısız infazlar ve zorla kaybetmeler gibi ağır insan hakları ihlalleri bağlamı üzerinden cezasızlık sorununu ele alan uluslararası belgelerdir.

I.9.a. Cezasızlığa Karşı Güncellenmiş İlkeler Demeti

Özel olarak cezasızlık meselesine özgülenmiş belge 1997 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun *Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komitesi* tarafından kabul edilen *Cezasızlıkla Mücadelede Eylem Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesi için İlkeler Demeti* olmuştur.[144] İlkeler Demeti sadece bütün ağır insan hakları ihlallerini değil, ayrıca cezasızlıkla savaşın farklı boyut ve kapsamlarını da ele alır.

İlkeler Demeti Yıllar boyunca eski BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilmesi için üzerinde çalışılan bir belge olmuştur. İlkeler Demeti kabul edilmezden önce ayrıca Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komitesi ve Amerikalılar Arası Mahkemesi tarafından sıklıkla alıntılanan bir hukuk kaynağı, referans belge olarak kullanılmıştır.[145] *BM İnsan Hakları Eski Komisyonu İlkeler Demeti*'nin bölgesel ve ulusal düzeyde kullanıldığı tespitinden hareketle diğer Devletleri ve hükümetler arası örgütleri ve hükümet dışı örgütleri cezasızlıkla mücadele çabalarıyla kaynaştırmaya davet etmiştir.[146]

Komisyon, 2004 yılında *İlkeler Demeti*'nin 1998'den bu yana uluslararası hukukta kaydedilen en son gelişmelere uygun olarak güncellenmesine karar vermiştir. Güncellenmiş versiyon, 2005 yılında *Cezasızlıkla Mücadelede Eylem Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesi için Güncellenmiş İlkeler Demeti* (Cezasızlığa karşı İlkeler Demeti),[147] Komisyon'a sunularak yeni metin kabul edilmiş ve Devletlere cezasızlığa karşı çabalarında uygulanması için tavsiye edilmiştir.[148]

Cezasızlığa karşı İlkeler Demeti normatif bir kılavuz olarak BM organları, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi'nin yanında, Latin Amerika'daki pek çok Anayasa Mahkemesi tarafından referans hukuk kaynağı olarak kullanılmıştır.[149]

Cezasızlığa karşı Güncellenmiş İlkeler Demeti'nin 1. maddesi, aşağıdaki cezasızlık tanımını yapmaktadır:

> "Cezasızlık, ihlalin faillerinin, suçlanmalarına, yakalanmalarına, yargılanmalarına ve suçlu bulunmaları halinde uygun bir cezaya çarptırılmalarına ve mağdurlarının zararlarını tazmin etmelerine yol açabilecek bir soruşturmaya tabi tutulmamaları yüzünden, cezai, hukuki, idari, ya da disiplin süreçlerinin herhangi birinde sorumlu tutulmalarının hukuken (de jure) ya da fiilen (de facto), imkânsız olması durumunu ifade eder."

Bu tanıma konuyla ilgili neredeyse her çalışmada rastlayabilirsiniz. Bu tanımın içerdiği sınırlılıklar kapsayıcılığı konusundaki eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Tanıma ilişkin tartışma konularından biri faile ceza verilmemekle birlikte mağdura tazminat ödenmesinin

144 E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, annex II.

145 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *diğerlerinin yanında*, 22 Şubat 2002 tarihli *Bámaca Velásquez v. Guatemala* kararı, Series C No. 91; 27 Şubat 2002 tarihli Trujillo Oroza v. Bolivya kararı, Series C No. 92.

146 Resolution No. 2003/72, 25 April 2003, § 14.

147 UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1.

148 Resolution No. 2005/81, Impunity, 25 April 2005.

149 İlgili referanslar için bkz., ICJ: "*International Law and the Fight Against Impunity – A Practitioner's Guide*", Cenevre 2015, sf.40–42.

ya da faile ceza verilmekle birlikte mağdura tazminat ödenmemesi hallerinin "cezasızlık" oluşturup oluşturmadığı olmuştur. Diğer bir eleştiri konusu ise cezasızlıkla ilgili tanımların, sosyal, ekonomik ve kültürel hakları dışlaması ihtimalidir.[150] Tanıma yönelik bu itirazların önemini göz ardı etmeksizin, bu rehber boyunca odaklanacağımız ceza adaleti süreçleri bakımından tanımın yeterli olduğu söylenebilir. Dolayısıyla rehber Cezasızlığa Karşı Güncellenmiş İlkeler Demeti'nin yukarıda alıntılanan tanımını esas alacaktır.

I.9.b. Cezasızlığın Kaldırılması İçin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri

Birleşmiş Milletler'in Güncellenmiş İlkeler Demeti'nin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabulünden sonra Avrupa Konseyi çevrelerinde de cezasızlığa karşı küresel gelişmelere paralel olarak kıta çapında yaşanan gelişmeleri de içerir bir rehber hazırlama çalışmaları hız kazanmış ve 30 Mart 2011 tarihinde bu iş için kurulan Uzmanlar Komitesi tarafından hazırlanan metin Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir.

Bu belge Birleşmiş Milletler'in cezasızlığa yönelik temel belgesi olan 2005 tarihli Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi için Güncellenmiş İlkeler Demeti ile Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurları için Başvuru yolu ve Giderim Hakkına Dair Temel İlkeler ve Rehber Kurallar'ın yanında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi (CPT)'nin ve ilgili diğer Avrupa Konseyi organlarının ortaya koyduğu standartların bir derlemesi niteliğindedir. Cezasızlığa karşı mücadeleye destek olması bakımından geliştirilen söz konusu normlar her ne kadar bağlayıcı Sözleşme formunda olmasa da özellikle Sözleşme temelli yargısal ya da yarı yargısal uluslararası insan hakları organlarının ortaya koyduğu bağlayıcı ilke ve standartlara dayandığından Devletleri bağlayıcı ilke ve kuralları ortaya koyduklarına şüphe yoktur.

150 Tolga Şirin, "*Türkiye'de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 1577-1607.

MODÜL II

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN BİR BİLEŞENİ OLARAK CEZASIZLIKLA MÜCADELE

HAZIRLIK SORULARI

- Hangi hak ihlalleri ağır insan hakları ihlali olarak kabul edilebilir?
- Ağır insan hakları ihlalleri kavramına insan hakları hukuku ile uluslararası ceza hukuku ve insancıl hukukun öngördüğü suçlar arasında ne tür bir ilişki söz konusudur?
- Bir yaşam hakkı ihlali olarak yargısız, keyfi ve kısa yoldan infaz arasında ne fark(lar) vardır?
- Ağır bir insan hakkı ihlali olarak zorla ve irade dışı kaybetmenin unsurları ne(ler)dir?

MODÜL II:

Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Bileşeni Olarak Cezasızlık

II.1. Genel yaklaşım

İnsan hakları hukukunun bir kavramı olarak cezasızlık olgusu, doğası gereği ağır insan hakları ihlalleri ve "*uluslararası hukuk uyarınca ciddi suçlar*" olarak adlandırılan ve asıl olarak *insanlığa karşı suçlar* kategorisine giren eylemlerle ilişkilidir. Ancak, uluslararası insan hakları hareketinin cezasızlıkla mücadele konusundaki ısrarı sonucu kapsamı genişlemekte ve giderek başka hak kategorilerine de sızma eğilimi göstermektedir.[151] Dolayısıyla cezasızlık söz konusu olduğunda ağır insan hakları ihlalleri alanının sınırları belirsizleşmekte hem insan hakları hukukunun hem de uluslararası ceza hukuku ile insancıl hukukunun büyük ölçüde kesişim kümesini oluşturmaktadır.

Söz konusu özellik, *Cezasızlıkla Mücadelede Eylem Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesi İçin Güncellenmiş İlkeler Demeti* (Cezasızlığa Karşı İlkeler Demeti) tarafından da teyit edilmiştir. Cezasızlığa karşı güncellenmiş ilkeler demeti, uluslararası hukuk uyarınca ciddi suçları aşağıdaki gibi tanımlamıştır:

> "Bu ilkelerde de geçen "uluslararası hukuka göre ciddi suçlar" deyimi 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile 1977 tarihli Ek I. Protokol'ün ağır ihlallerini ve uluslararası hukuka göre suç teşkil eden uluslararası insancıl hukukun diğer ihlalleri, soykırımı, insanlığa karşı suçlar ile işkence, zorla kaybedilme, yargısız infaz ve kölelik gibi uluslararası hukuka göre suç teşkil eden ve/veya uluslararası hukukun devletlerden cezalandırmalarını talep ettiği diğer uluslararası insan hakları ihlallerini kapsar."[152]

Benzer şekilde cezasızlıkla mücadeleye adanmış ilk belge olan *Cezasızlığa Karşı İlkeler Demeti*'nin tamamlayıcısı olarak görülen bir diğer önemli belge Birleşmiş Milletler *Yaygın Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurları için Başvuru Yolu ve Giderim Hakkına Dair Temel İlkeler ve Rehber Kuralları*'nda ("Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri") da *uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri* ile *insan hakları hukukunun ağır ihlalleri* karşısında devletlerin soruşturma, eğer yeterli kanıt varsa, sorumlularını yargılama ve cezalandırma görevine vurguda bulunulmaktadır.[153] Dolayısıyla "*ciddi insan hakları ihlalleri*", "*yoğun ihlaller*" ve "*uluslararası hukuk uyarınca suçlar*" kavramlarının ayrımları ile kapsamının netleştirilmesi, özellikle hak savunuculuğu yaparken yanlış kavramsallaştırma ve karışıklıkları ortadan kaldırmak bakımından büyük önem taşımaktadır.

II.2. Uluslararası ceza hukukunun ciddi ihlalleri ile ağır insan hakları ihlalleri

II.2.a. Uluslararası ceza hukuku ve insancıl hukuk bakımından ağır insan hakları ihlalleri

Cezasızlık kavramıyla doğrudan ve sıkı bir biçimde bağlantılı bir kavramlaştırma "*ağır insan hakları ihlalleri*" deyimidir. Bu konuda uluslararası belgeler, içtihatlar ve öğretide bu kategoriden bahsedilirken gelişi güzel bir şekilde insan hakları ihlallerine ilişkin "*ağır*", "*ciddi*",

151 Örneğin, nefret suçları ya da ırk ve etnik köken ya da cinsiyete dayalı ayrımcılık saiki ile işlenen şiddet suçları gibi.

152 Cezasızlıkla Mücadelede Eylem Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesi İçin Güncellenmiş İlkeler Demeti: Tanımlar Bölümü, B bendi.

153 İbid., md.4.

"*yaygın*" ya da "*yoğun*" gibi farklı nitelemelere başvurulmaktadır. Her ne kadar kelime anlamlarında farklılıklar içerse de, içtihatlar ile öğretide bu ayrımları gözetmeden, özensiz ve birbirinin yerine geçecek şekilde kullanımı hakim olsa da bunların hepsi aynı olguya, "*ağır insan hakları ihlallerine*" göndermede bulunur. Fark edileceği üzere, elinizdeki bu Rehber kitapta da "*yoğun*", "*ciddi*" ya da "*yaygın*" gibi nitelemeler yerine daha yaygın ve yerleşmiş kullanım olan "*ağır insan hakları ihlalleri*" nitelemesi tercih edilmiştir.

Yukarıda belirtilen *Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri* adlı Birleşmiş Milletler belgesi, ne "*uluslararası insan hakları hukukunun ağır ihlalleri*"ni ne de "*uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri*"ni tanımlamamıştır. Uluslararası hukukta resmi olarak tanımlanmamış olsa da "*ağır ihlaller*" (*gross violations*) ve "*ciddi ihlaller*" (*serious violations*), nitelik ve nicelik olarak insanın en temel haklarını, özellikle yaşam hakkı ile bedensel ve ruhsal bütünlüğün dokunulmazlığı hakkını doğrudan etkileyen ya da ortadan kaldıran ihlalleri ifade etmektedir. Genellikle soykırım, kölelik, insan ticareti, adam öldürme, zorla kaybedilme, işkence ve kötü muamele yasağı, uzun süreli keyfi tutma, halkın sınır dışı edilmesi ya da *zorla yerinden edilmesi* ve *sistematik ve kurumsal ırk ayrımcılığı* (*apartheid*) bu kategoriye girmektedir. Kasıtlı, yaygın ve sistematik olarak uygulanması halinde temel gıda maddelerinden, temel sağlık hizmetlerinden, ya da barınma veya konuttan mahrum etme de ağır insan hakkı ihlallerini oluşturabilir. Uluslararası insancıl hukukta kullanılan "*ciddi ihlaller*" (*serious violations*), "*ağır ihlaller*" (*grave breaches*) nitelemesinden farklıdır.

"*Ağır ihlal*", uluslararası insancıl hukukta tanımlanan ve *yalnızca uluslararası silahlı çatışmalarda gerçekleştirilen acımasız ve vahşice eylemleri* ifade eder. "*Ciddi ihlal*" kavramı uluslararası insancıl hukukta kullanılmış, ancak tanımlanmamıştır. Bunlar hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen ve uluslararası hukukta suç teşkil eden ciddi ihlalleri ifade eder.[154]

Uluslararası hukuk, ağır insan hakları ihlallerini, diğer eylemlerin yanında, *işkence*, *yargısız infaz*, *zorla kaybetme*, *cinsel şiddet* ve *kölelik* olarak görür. Uluslararası insan hakları organlarının içtihatları ve BM Genel Kurulu defalarca, yargısız infazlar, işkence ve zorla kaybetmelerin ağır insan hakları ihlallerini oluşturduğunu belirtmiştir.[155] Aynı tanımlama *Birleşmiş Milletler Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komitesi Özel Raportörü Prof. Theo van Boven* tarafından hazırlanan *Giderim İlkeleri* taslağı çalışmasında da yapılmıştır.[156] İşkence Özel Raportörü de tutma kapsamında tecavüz ya da kadına karşı diğer cinsel saldırı biçimlerinin insanlık onuruna ve bedensel bütünlüklerine özellikle zihinsel bütünlüğüne yönelik zararlara yol açtığını ve bunun kendi başına işkence eylemini oluşturduğu kanısındadır.[157] Özel Raportör ayrıca ağır ıstırap veren ve işkenceyi oluşturması için yeterli olan eylemler arasında cinsel saldırıyı da saymıştır.[158]

154 "*Ciddi ihlal*" (aynı şekilde "ağır ihlal") oluşturan eylemler ve bunların unsurları Uluslararası Ceza Mahkemesine Dair Roma Statüsünün 8. maddesinde "*savaş suçları*" başlığı altında belirtilmiştir.

155 BM Genel Kurulu'nun Yargısız, kısayoldan ya da keyfi infazlara dair kararları için bkz., Aralık 1998 tarihli ve 4 Aralık 2001tarihli kararlar, Karar No. 53/147, 55/11, ile 20 Aralık 2012 tarihli 67/168; 22 Şubat 2001 tarihli İşkence ve diğer zalimane insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya dair Karar No. 55/89 ve Zorla kaybetmelere ilişkin 23 Aralık 1994 tarihli Karar No. 49/193, 12 Aralık 1996 tarihli Karar No. 51/894 ve 9 Aralık 1998 tarihli Karar No. 53/150. BM İnsan Hakları Komitesi'nin bu yöndeki içtihatlarından bazıları için ayrıca bkz., 29 Mart 1982 tarihli Irene *Bleier Lewenhoff ve Rosa Valiño de Bleier v. Uruguay* kararı, [30/1978]; 31 Mart 1982 tarihli *Pedro Pablo Camargo v. Kolombiya* kararı, [45/1979].

156 Bkz., UN Docs.: E/CN.4/1997/104, E/CN.4/Sub.2/1996/17 ve E/CN.4/Sub.2/1993/8.

157 Bkz., BM İnsan Hakları Komisyonu'nun 21. Oturumunun özet kayıtları, UN Doc. E/CN.4/1992/SR.21, § 35. Ayrıca bkz., UN Docs. E/CN.4/1995/34 ve A/55/290.

158 Bkz., İşkence Özel Raportörü P. Koojimans'ın 19 Şubat 1986 tarihli 1985/33 sayılı karar uyarınca sunduğu rapor, UN Doc. E/CN.4/1986/15.

Avrupa Konseyi'nin *Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Kaldırılması Rehber İlkeleri*'nin Rehberin Kapsamı başlıklı II. Bölümünün 3. maddesi, ağır insan hakları ihlallerini nelerin oluşturabileceğine dair daha kapsamlı bir liste sunmaktadır. Buna göre aşağıdaki eylemler ağır insan hakları ihlallerini oluşturabilir:

- Yargısız infazlar;
- Yaşam veya sağlığı ciddi bir şekilde riske eden ihmaller;
- Kolluk kuvvetleri, infaz koruma memurları veya diğer kamu görevlileri tarafından işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele;
- Zorla kaybedilmeler;
- Adam kaçırma;
- Kölelik, zorla çalıştırma veya insan ticareti;
- Tecavüz veya cinsel taciz;
- Aile içi şiddet bağlamında meydana gelen saldırılar dahil ciddi fiziksel saldırı;
- Konut veya mülkiyeti kasten yıkma.

Ağır insan hakları ihlallerinin hepsinde ortak birtakım özellikler bulunmaktadır. Bu ortak unsurlar şunlardır:

- Bu ihlalleri oluşturan eylemler aynı zamanda uluslararası hukukun emredici kurallarını (*jus cogens*) ihlal ettiklerinden burada yükümlülük azaltılamaz nitelikteki (*non-derogable*) insan hakları söz konusudur; ve
- Bu eylemlerin mutlak yasak olarak formüle edilmeleri yüzünden ulusal mevzuatta suç haline getirilmesi, bu eylemlerin sorumlularının soruşturulması, yargılanması ve cezalandırılması da uluslararası hukuk uyarınca (herhangi bir insan hakları sözleşmesinin tarafı olmasa dahi) o Devletler için kaçınamayacakları yükümlüktür;
- Bu eylemler dolayısıyla faillerin soruşturulması, yargılanması ve cezalandırılması zamanaşımı,[159] *af ya da benzeri* yargılamayı ya da infazı ortadan kaldırıcı etki doğuran herhangi bir *ceza muafiyetine* tabi tutulamayacaktır.

Belirli bazı insan hak ve özgürlüklerinin yükümlülük azaltılamazlığı hem olağan zamanlarda hem de olağanüstü hal dönemlerinde bu hakları ihlal edenlerin işlediği ima edilen eylemlerin mutlak yasak kapsamında olması anlamını taşır. Örneğin, *Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*, *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi* ve *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi* diğerlerinin yanında *keyfi öldürme*, *kölelik ve angarya* ve *işkence yasağını* yükümlülük azaltılamaz haklar olarak belirlemiştir.[160]

Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, zorla kaybetmeye tabi tutulmama hakkının yükümlülük azaltılamaz niteliğini teyit etmiştir.[161] Yine *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ve Aşağılayıcı Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme* (İşkenceye Karşı

159 İlerleyen bölümlerde ele alınacağı gibi zorla kaybetme suçu, zamanaşımı uygulama yasağının istisnasını oluşturmakla birlikte, bu kapsamda değerlendirilmesi yönünde güçlü bir baskı söz konusudur. Şimdilik bulunmuş görünen ara formül, zamanaşımının failin akıbetinin öğrenildiği tarihten başlatılmasıdır.

160 Bkz., Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, md.4/2; İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi, md. 27/2; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, md. 15/2. Ayrıca aynı nitelikteki Anayasa'nın 15/2. maddesi.

161 Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, md. 1/2.

Sözleşme) ve *İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Amerikalılar Arası Sözleşmesi* de her durumda ve her zaman işkenceyi yasaklamışlardır.[162] Buna göre, ihlali her koşulda mutlak olarak yasaklanmış jus cogens normlar arasında *işkence ve insanlıkdışı muamele yasağı*,[163] *zorla kaybetme*,[164] *yargısız ve keyfi infazlar*,[165] *rehin almalar*,[166] *cinsel şiddet*[167] ve *kolektif cezalandırmalar*[168] da bulunmaktadır.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, ciddi insan hakları ihlallerinin "*işkence, yargısız, kısa yoldan ya da keyfi infazlar ve zorla kaybetme gibi eylemlerin, hepsinin uluslararası insan hakları hukuku tarafından yükümlülük azaltılamaz hakları ihlal ettiği için yasaklandığını*" belirtmiştir.[169] BM İnsan Hakları Komitesi "*Taraf Devletlerin hiçbir koşulda Sözleşme'nin (MSHUS) 4. maddesini, rehin alarak, kolektif ceza uygulayarak, keyfi özgürlük mahrumiyetleri [...] gibi insancıl hukuku ya da uluslararası hukukun emredici kurallarını ihlal eylemini meşru göstermek için kullanamayacağını*" vurgulamıştır.[170]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, işkence yasağının haklar hiyerarşisinde uluslararası insan hakları sözleşmelerinin de üstünde, jus cogens/emredici norm haline geldiğine dair *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi*'nin 10 Aralık 1998 tarihli *Furundzija* kararına atıfta bulunarak, işkence eylemlerinden dolayı ceza sorumluluğunun yanında tazminat sorumluluğundan devlet görevlilerini kurtaracak şekilde ceza ya da tazminat bağışıklığı tanınamayacağına hükmetmiştir.[171]

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi daha da ileri giderek hiçbir koşul altında, kaçırma, kayıtsız gözaltılar, nüfusun sınır dışı edilmesi veya zorla nakledilmesi ve ayrımcılığa, düşman-

---

162 İKS, md. 2; İÖİAS, md. 5

163 Diğerlerinin yanında bkz.: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 10 Aralık 1998 tarihli *Savcılık v. Anto Furundzija* kararı, Case No. IT- 95-17/1-T, § 154; 16 Kasım 1998, *Savcılık v. Delalic ve diğerleri* kararı, Case No. IT-96-21-T, § 454; İşkenceye Karşı Komite'nin 2 Nolu Genel Yorumu, CAT/C/GC/2, § 1; Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'nin 8 Temmuz 2004 tarihli *Gómez Paquiyauri Kardeşler v. Peru* kararı, Series C No. 110, § 111; 27 Kasım 2003 tarihli *Maritza Urrutia v. Guatemala*, Series C No. 103, § 89; 18 Ağustos 2000 tarihli *Cantoral Benavides v. Peru*, Series C No. 69, § 95.

164 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 29 Temmuz 1988 tarihli *Velásquez Rodríguez v. Honduras* kararı, Series C No. 4; 22 Eylül 2006 tarihli *Goiburú ve Diğerler v. Paraguay*, Series C No.153; 22 Kasım 2005 tarihli *Gómez Palomino v. Peru*, Series C No. 136; 5 Temmuz 2004 tarihli *19 Tacir v. Kolombiya*, Series C No. 109. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 14 Ocak 2000 tarihli *Savcılık v. Zoran Kpreskic ve Diğerleri,* Case No. IT-95-16-A, § 566.

165 Suçun Önlenmesi ve Suçlulara Muameleye Dair 6. BM Kongresi (1980), "Yargısız İnfazlara" ilişkin 5 Nolu Karar," §§ 2 ve 5, UN Doc. A/CONF.87/14/Rev.1 (1981); Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 14 Mart 2001 tarihli *Barrios Altos v. Peru* kararı, Series C No. 75; 11 Mayıs 2007 tarihli *la Rochela Katliamı v. Kolombiya* kararı, Series C No. 163; 26 Eylül 2006 tarihli, *Almonacid Arellano ve Diğerleri v. Şili*, Series C No. 154; 25 Ekim 2012 tarihli *El Mozote Katliamları v. El Salvador*, Series C No. 252; ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun 20 Ekim 2000 tarihli "Sığınma ve Uluslararası Suçlar"a Dair Tavsiyeleri, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev. 16.

166 İnsan Hakları Komitesi'nin 24 Temmuz 2001 tarihli Olağanüstü Hale ilişkin 29 Nolu Genel Yorumu, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 11.

167 İşkenceye Karşı Komite'nin 2 Nolu Genel Yorumu; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 30 Ağustos 2010 tarihli *Fernández Ortega ve Diğerleri v. Meksika* kararı, Series C No. 215; 31 Ağustos 2010 tarihli *Rosendo Cantú ve Diğerleri v. Meksika* kararı, Series C No. 216; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 22 Şubat 2001 tarihli *Savcılık v. Kunarac ve Diğerleri*, Case No. IT-96-22 ve IT- 96-23/1.

168 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 22 Şubat 2001 tarihli *Savcılık v. Kunarac ve Diğerleri*, Case No. IT-96-22 ve IT- 96-23/1, § 11. Kolektif cezalara bir örnek misilleme eylemleri gösterilebilir.

169 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 14 Mart 2001 tarihli *Barrios Altos v. Peru* kararı, Series C No. 75, § 41; 29 Kasım 2006 tarihli *La Cantuta v. Peru* kararı, Series C No. 162, § 152; ve 24 Şubat 2011 tarihli *Gelman v. Uruguay* kararı, Series C No. 221, § 225.

170 İnsan Hakları Komitesi'nin 24 Temmuz 2001 tarihli Olağanüstü Hal'e ilişkin (md.4) 29 Nolu Genel Yorum, § 11.

171 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 21 Kasım 2001 tarihli *Al-Adsani v. Birleşik Krallık* [BD] kararı, [35763/97], §§ 60-61.

lığa veya şiddete teşvik eden ulusal, ırksal veya dini nefret savunusuna izin verilemeyeceğini vurgulamıştır.[172]

Ağır insan hakları ihlallerini tanımlayan ikinci unsur, böylesi eylemlere dair *jus cogens* yasaktan kaynaklanan uluslararası hukukun Devletlere kendi ceza yargı yetkilerini kullanarak bu türden davranışlarda bulunmaktan kaçınma sorumluluğudur. Değişik insan hakları sözleşmesi ve belgelerinde bu yükümlülüğe özellikle yer verilmiştir.[173]

II.2.b. İnsanlığa karşı suçlar

II.2.b.i. Tanımı ve kapsamı

Yukarıda Modül I'de işlendiği üzere insanlığa karşı suçlar, ilk olarak Nürnberg Mahkemesi'nin kurulduğu süreçte Nürnberg Şartı'nda[174] tanımlanmıştır. Nürnberg yargılamalarında Fransa adına savcılık yapan *François de Menthon*, bu suçları *günümüz insanlığının ... vicdanına karşı işlenen büyük suçlar* olarak tanımlamıştır. Nürnberg Mahkemesi Şartı, insanlığa karşı suçları: "*II. Dünya Savaşın'dan önce veya savaş sırasında sivil halka yönelik öldürülmeler, soykırım, köleleştirmeler, sürgünler ve insanlığa aykırı diğer eylemler veya Mahkeme'nin yetki alanına giren herhangi bir suçun işlenmesi için veya bu suçla ilgili olarak politik, sosyal ve dinsel nedenlerle işlenen ve işlendikleri ülkenin iç hukukunda bir yasanın çiğnenmesi sayılan veya sayılmayan zalim davranışlar*" olarak sınıflandırmıştır.

Dolayısıyla insanlığa karşı suç kategorisi, yasaklanmasında *insanlığın genel hukuki menfaatleri*[175] bulunduğundan uluslararası hukukun emredici normunu oluşturan koruyucu temel hakların sert çekirdeğine bekçilik etmeyi amaçlar ve bizatihi içerdiği hakların ağırlığı ve önemi, devletleri *erga omnes*[176] yükümlülük altına sokar.[177]

İnsanlığa karşı suç kavramı, insanın kendi başına bir değer olarak beden ve onurunun dokunulmazlığı ve istismar edilemezliği fikri üzerinde temellenir. Dolayısıyla gerçekte felsefi bir çıkarım olarak ahlaki bir yükümlülüğün pür hukuk kuralına dönüştüğünü söylemek burada

---

172 İnsan Hakları Komitesi'nin 24 Temmuz 2001 tarihli Olağanüstü Hal'e ilişkin (md.4) 29 Nolu Genel Yorum, § 13 (b), (d) ve (e) bendleri.

173 Diğerlerinin yanında bkz.: İşkenceye Karşı Sözleşme (md. 4); Herkesin Zorla Kaybetmeden Korunması Uluslararası Sözleşemesi (7 ve 25. maddeler); Çocuk satışı, fahişeliği ve çocuk pornosuna Dair Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Seçimlik Protokolü, (md. 3); Silahlı çatışmalara çocukların dahil edilmesine dair Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Seçimlik Protokolü (md. 4); Birleşmiş Milletler Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Sözleşmesi'nin Özellikle Kadın ve Çocuklara yönelik İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılmasına Dair (Palermo) Protokolü, (md. 5).

174 Londra Şartı olarak da bilinir.

175 Bu konuda ayrıntılı bir analiz için bkz., David Luban: "*İnsanlığa Karşı Suçların Kuramı*", Editör: Hüseyin Günal, Tekin Yayınevi, İstanbul – 2019.

176 *Erga omnes*: uluslararası hukuk açısından devletlerin uymakla ve gözetmekle yükümlü olduğu kurallardır. Latince "*herkese karşı ileri sürülebilecek hak*" anlamına gelir. *Erga omnes* bir kuraldan çok bir yükümlülüktür. Uluslararası hukuktaki *jus cogens* kavramına benzer ve sıklıkla onunla karıştırılır. Ancak aralarında belirgin farklar vardır. Kuvvet kullanma yasağı, deniz korsanlığını engelleme gibi *jus cogens* nitelikte bir kural olarak karşımıza çıkarken, *erga onmes* yükümlülüklere ise "ırk ayrımı yapmama" örnek olarak verilebilir. *Jus cogens* ile *erga omnes* arasındaki başka belirgin bir fark ise yaptırım konusunda ortaya çıkar. Uluslararası hukukta yaptırım kavramının varlığı ve kim tarafından uygulanacağı konusu belirlenmiş değildir. Çünkü uluslararası hukukta devletler "*egemen eşit*" olarak kabul edilir ve ancak rızalarının olması halinde bir üst mercii kendilerine ceza vermeye yetkili kılabilirler. Buna karşın *jus cogens* bir kuralın (örneğin kuvvet kullanma yasağının) ihlali halinde diğer devletlerin bu duruma tepki göstereceği ve engellemeye çalışacağı fikrinden hareketle yaptırımın varlığı kabul edilir. Erga omnes yükümlülüğün ihlalinde ise tepkinin, jus cogens ihlaline oranla daha az şiddette olacağı fikri hakimdir [Kaynak Ekşi Sözlük – Erga Omnes maddesi].

177 Uluslararası Adalet Divanı'nın 5 Şubat 1970 tarihli *Barcelona Traction Light ve Power Company, Limited* kararı, § 33, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders - 1970.

yanlış olmaz. Bu olgunun uluslararası ceza mahkemelerince de bilincinde olunduğunu gösteren içtihatlar söz konusudur: "*İnsanlığa karşı suçlar insanlığın kendisi için en temel olan, yaşam, bedensel esenlik, sağlık ve onur gibi değerlere saldırarak insanlığa zarar veren ciddi şiddet eylemleridir. Bunlar, cezalandırılmayı zorunlu olarak talep eden uluslararası toplumun hoşgörü sınırlarının ötesine geçen kapsam ve ağırlıktaki insanlıkdışı eylemlerdir. Ancak insanlığa karşı suçlar [yöneldiği] bireyi de aşar, çünkü bireye saldırıldığında insanlık saldırı altına girer ve inkâr edilir. Bu yüzen mağdur olarak insanlık kavramı insanlığa karşı suçları tanımlar.*"[178]

Bu bağlamda, aşağıda ayrıntılı olarak gösterileceği üzere insanlığa karşı suç oluşturan fiillere getirilen yasaklamanın, "*uluslararası toplumun 'her durumda tanınması gereken' insanlığın temel emirlerinin* "[179] kaçınılmaz bir sonucu olduğu, bugün uluslararası hukuk tarafından kabul edilen ilkelerin bir parçasını oluşturur. BM Genel Kurulu, 11 Aralık 1946'da 95 (I) sayılı Karar ile bunu *Nürnberg İlkeleri* adı altında onaylamıştır.[180]

Bunun anlamı, insanlığa karşı suçların, uluslararası hukukun emredici hukuk (*jus cogens*) kuralları uyarınca, bütün Devletlere yüklenen ve hepsi tarafından uyulması zorunlu asgari yükümlülük olmasıdır.

Nürnberg Şartı insanlığa karşı suçları silahlı çatışmanın varlığına bağlamıştı. Bu kısıtlama bugün kesin olarak kalkmıştır. Artık insanlığa karşı suçların meydana gelebilmesi için silahlı çatışma ortamında meydana gelmesi şart değildir. Bu nedenle, uluslararası hukuk uyarınca insanlığa karşı suçlar hem olağan barış zamanlarında hem de olağanüstü hal, savaş ve silahlı çatışma sırasında işlenebilir. Bu durum *Ruanda* ve *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri*'nin içtihatlarının yanında uluslararası hukuk belgelerinde[181] ısrarla yinelenmiştir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi: "*Uluslararası gelenek hukuku artık insanlığa karşı suçlar ile silahlı çatışma arasında herhangi bir bağın varlığını şart koşmamaktadır. [...] İnsanlığa karşı suçların uluslararası silahlı çatışmalarla bağlantıya ihtiyaç duymaması günümüzde yerleşik bir uluslararası gelenek hukuku kuralıdır.*"[182]

Bu noktada, insanlığa karşı suçların uluslararası hukuk uyarınca tanımlanmış ağır suçlar olduğu belirtilmelidir. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun gösterdiği üzere, "*kölelik, soykırım ve apartheid yasakları gibi, insanlığın korunması için esaslı önemi olan uluslararası bir yükümlülüğün yaygın ölçekte ciddi ihlali*" uluslararası hukukun emredici kurallarınca yasaklanan uluslararası bir suçtur. [183]

Bu olgunun bir sonucu, insanlığa karşı suçların niteliğini ve bu niteliğin ortaya koyduğu sorumluluğun varlığını gösteren koşullar, ulusal ceza hukuklarının nitelemelerinden bağımsız olarak, uluslararası hukuk tarafından tespit edilir. Bu anlamda, insanlığa karşı suçları işleyerek en temel insan haklarını ihlal eden faillerin yargı önüne çıkarılarak yargılanmaması

178 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 29 Kasım 1996 tarihli *Savcılık v. Erdemović* kararı, Case No. IT-96-22-T, § 28.

179 Final Report of the Commission of Experts Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), UN Doc. S/1994/674, of 27 May 1994, § 73.

180 Bkz., yukarıda Modül 1, *"I.5. Uluslararası ceza sorumluluğunun kişiselliği: Nürnberg yargılamasından UCM'ye uluslararası ceza hukukunun normatif karakterinin belirginleşmesi"* başlığı.

181 Bkz., diğerlerinin yanında *Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Sözleşme* (md. I.b); *Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme* (md. I); *Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü* (md. 7); *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 3).

182 *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi*'nin 2 Ekim 1995 tarihli yargı yetkisine yönelik ilk itirazlara dair *Savcılık v. Tadiç* kararı, Case No. IT-94-1 ("Prijedor" Davası), §§ 78 ve 141.

183 Uluslararası Hukuk Komisyonu, *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, Vol. II, Part Two, p. 75.

ve cezalandırılmaması hukuken kabul edilebilir bir durum değildir. Dolayısıyla bu suçlarının faillerinin belirlenmesi için soruşturulmamaları, yargılanmamaları ve sorumluluklarının tespiti halinde cezalandırılmamaları Devletlerin uluslararası emredici hukuk kurallarından (*jus cogens*) kaynaklanan açık yükümlülüklerinin ağır bir ihlali anlamına gelecektir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin gösterdiği gibi, "*insanlığa karşı suçların işlenmesi yasağı bir jus cogens kuraldır ve bu suçların cezalandırılması uluslararası hukukun genel ilkeleri uyarınca zorunludur*."[184]

II.2.b.ii. İnsanlığa karşı suçların tanımı ve tanımın yargısal yorumundan türeyen özellikleri

Yukarıda Modül I'de de belirtildiği üzere, *Nürnberg Şartı* ve yargılaması sonrasında ortaya çıkan bir dizi insan hakları belgesinde *insanlığa karşı suçlar* daha ayrıntılı ve derinlemesine incelenmiş olsa da içeriği asıl olarak yetmiş beş yıl önceki tanımıyla neredeyse aynı kalmasına rağmen, insanlığa karşı suçların neler olduğu ve sayısı uluslararası hukukun evrimini yansıtır şekilde, bugün bir dizi uluslararası insan hakları belgesine dağılmış durumdadır.

Ancak bu konudaki en kapsamlı tanım *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Stütüsü*'nde yapılmıştır. İnsanlığa karşı suçlar başlığını taşıyan Statü'nün 7. maddesi aşağıdaki gibidir:

> "1. Bu Statü'nün amaçları bakımından "insanlığa karşı suçlar", saldırı bilgisiyle,[185] herhangi bir sivil nüfusa karşı geniş çapta ve sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki eylemleri kapsar:
>
> *(a). Öldürme;*
>
> *(b). Toplu öldürmeler;*
>
> *(c). Köleleştirme;*
>
> *(d). Nüfusun sınırdışı edilmesi ya da zorla nakli;*
>
> *(e). Uluslararası hukukun temel kurallarının ihlali olarak hapsetme ya da bedensel özgürlükten ağır bir şekilde mahrum bırakmanın diğer biçimleri;*
>
> *(f). İşkence;*
>
> *(g). Tecavüz, cinsel köleleştirme, fuhşa zorlama, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma ya da cinsel şiddetin ağırlığıyla karşılaştırılabilir başka bir biçim;*
>
> *(h). 3. fıkrada tanımlandığı üzere, siyasal, ırksal, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, 3. fıkrada tanımlandığı şekliyle toplumsal cinsiyet ya da uluslararası hukuk uyarınca izin verilemez olan, evrensel olarak tanınmış bu fıkrada göndermede bulunulan herhangi bir eylemle ya da Mahkeme'nin yetkisi dahilindeki herhangi bir suça ilişkin başka bir gerekçeyle herhangi bir belir bir grup ya da topluluğa karşı zulüm;*
>
> *(i). kişilerin zorla kaybedilmesi;*

184 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 26 Eylül 2006 tarihli *Almonacid Arellano ve Diğerleri v. Şili* kararı, Series C No. 154, § 100.

185 TBMM'nin internet portalında bulabileceğiniz Roma Statüsü'nün resmi olmayan Türkçe çevirisindeki "saldırı bilgisiyle" deyimi orijinal metinde bulunmasına rağmen atlanmıştır. Karşılaştırmak için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm

(j). Apartheid;[186]

(k). Beden ya da ruhsal ya da fiziksel sağlığa kasıtlı olarak büyük ıstırap ya da ciddi zarar verecek nitelikteki benzer diğer insanlıkdışı eylemler.

(...).

Roma Statüsü'nün 7. maddesinin 1. fıkrasında geçen "*sivil nüfusa karşı bir saldırının parçası olarak*" deyimi, uluslararası hukuk uyarınca bu tür suçların mağdurlarının sadece sivillerin olabileceği anlamına gelmez. *Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi*, insanlığa kaşı bir suçun -hangi nüfusa karşı yapılırsa yapılsın- hem sivil bir nüfusa hem de silahlı bir çatışmanın tarafına mensup kimselere karşı işlenebileceği tespitinde bulunmuştur.[187]

İnsanlığa karşı suçlara getirilen tanımın yorumundan çıkan başka bir sonuç, tanımda geçen "*yaygın ya da sistematik pratik*" ya da "*geniş çaplı ya da sistematik saldırı*" deyimlerinin birden fazla eylemle değil, böylesi bir pratik ya da saldırıya işaret etmesi kaydıyla, tek bir eylemle de işlenebileceği sonucuna ulaşılmış olmasıdır.[188] Burada önemli olan saldırının *daha geniş bir planın ya da politikanın parçası olması* ve gelişi güzel, *tesadüfi* bir nitelik taşımamasıdır.[189] Yine burada kapsamının genişliği ve özellikleri nedeniyle ele alınamayacak olan soykırım suçunun, uluslararası ceza hukukunca nitelik itibariyle insanlığa karşı suçların özel bir biçimi olarak kabul edildiğini belirterek konuyu kapatalım.

II.2.c. Uluslararası insancıl hukukunun ağır ihlali ve savaş suçları

12 Ağustos 1949 tarihli *Cenevre Sözleşmeleri*'nin ortak 3. maddesi ile 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Protokol ve *Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunması*'na dair 8 Haziran 1977 tarihli 2 Nolu Protokol, silahlı iç çatışmalar bağlamında uluslararası insancıl hukuk ihlallerini tanımlamaktadır. Sözleşme temelli bu kurallara ek olarak, silahlı iç çatışmalara uluslararası gelenek hukukunun uygulanabilir "*savaş hukuku*" olarak bilinen kurallar da mevcuttur.

Uluslararası insancıl hukukunun "*ağır ihlalleri*" kavramı asıl olarak uluslararası çatışmalara ait bir kavramdır. Egemen Devletler savaş hukukundan kaynaklanan bu kavramın iç silahlı çatışmalara etkili bir şekilde uygulanması konusunda son derece isteksizdirler ve bunun siyasal nedenleri vardır.

Geleneksel olarak, devletler adı ister isyancı/bölücü terörist, isterse "düşman savaşçı" olsun kendilerine karşı silaha sarılan gruplara herhangi bir uluslararası yasal statü verme, isyancı hareketleri tanıma veya silahlı kuvvetleri dışındaki herhangi biri tarafından yürütülen savaşı meşrulaştırma konusunda isteksizdir. İsyancılar devletlere karşı silaha sarıldıklarında, devletler onlarla kendi ulusal yasalarına göre işlem yapmayı tercih etmekte ve onları adi suçlular olarak yargılamayı tercih etmektedirler.

---

186 Apartheid, kısaca devletin resmi politikasının bir parçası olarak kurumsallaşmış ırk ayrımcılığına dayalı yönetim sistemi olarak tanımlanabilir.

187 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Duruşma Dairesi'nin 7 Mayıs 1997 tarihli *Savcılık v. Duško Tadić* ("Prijedor") kararı, Case No. IT-94-1, §§ 640 ve dev.; 13 Nisan 1996 tarihli *Savcılık v. Mile Mrkšić, Miroslav Radić ve Veselin Šljivančanin* ("Vukovar Hastanesi") kararı, Case No. IT-95-13-R61, §§ 20 ve 32.

188 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi , 7 Mayıs 1997 tarihli *Savcılık v. Duško Tadić* kararı, Case No. IT-94-1-T; 14 Ocak 2000 tarihli *Savcılık v. Kupreski ve Diğerleri kararı*, Case No. IT-95-16-T; ve 26 Şubat 2001 tarihli *Savcılık v. Kordić ve Čerkez* kararı, Case No. IT-95-14/2-T.

189 Bkz., *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May – 26 July 1996*, A/51/10, § 100; ayrıca "*ortak suç girişimi*" kavramı üzerine yapılan açıklamalar için bkz. Modül 1, Grup sorumluluğu konu başlığı.

Uluslararası hukuk, bir devletin diğer bir devletin içişlerine müdahalesini yasaklamakta ve isyanları bastırmak ve toprak bütünlüğünü korumak için gerekli araçları kullanmasına olanak tanımaktadır. Dahası, uluslararası hukuk sadece devletleri, uluslararası hukukun özneleri olarak kabul etmektedir ve isyancılar gibi devlet dışı aktörlerin uluslararası hukuk kapsamında nasıl haklar ve görevler elde edebileceği düşünülmedi. Aynı zamanda, iç silahlı çatışmaların yarattığı insani sorunların bir tür uluslararası yanıt gerektirdiği açıktı.

Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunması'na dair 8 Haziran 1977 tarihli 2 Nolu Protokol'ün 1977 yılında kabulüyle geleneksel yaklaşımın yarattığı insan hakları sorunlarına bir yanıt üretilip üretilmediği bir soru işaretidir. II Nolu Protokol'de ciddi ihlallerin soruşturulmasına yönelik özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte *Cenevre Sözleşmeleri*'nin ortak 3. maddesiyle birlikte sivillere yönelik asgari bir koruma çerçevesi çizildiğini söylemek mümkündür.[190]

İnsancıl hukukun çatışma dışı sivillerin korunmasının çerçevesini çizen *Cenevre Sözleşmeleri*'nin ortak 3. maddesi, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların tarafları için genel bir yükümlülük öngörmekte, ardından belirli yasaklar ve yükümlülük ortaya koymaktadır. Ortak 3. maddenin 1. fıkrasındaki genel yükümlülük, silahlarını bırakan silahlı kuvvetler mensupları ve hastalık, yaralanma, alıkonulma vb. sebeplerle çatışma dışı kalanlar da dahil olmak üzere, düşmanlıklarda aktif rol almayan tüm kişilere uzanır.

Buna göre, çatışmanın dışında kalan bütün kişilere her koşulda ırk, renk, din, cinsiyet, doğum veya servet vb. temelinde herhangi bir ayrım yapılmaksızın insanca muamele edilmelidir. İnsanca muameleye ilişkin bu genel yükümlülük, aslında uluslararası insancıl hukukun temel ilkelerinden biridir ve silahlı çatışmaların bütün türlerine uygulanır. Maddede neyin "*insani muamele*" oluşturduğunun bir tanımı verilmemekle birlikte, (a) ila (d) benlerinde insanlık dışı muamele örnekleri sayılmıştır. Buna göre, aşağıdaki eylemler her zaman ve her yerde yasaktır ve yasak kalacaktır:

(a). özellikle her türlü öldürme, sakatlama, zalimane muamele ve işkenceler, hayata ve kişiye karşı şiddet;

(b). rehin alma;

(c). kişisel onura yönelik tecavüzler, özellikle aşağılayıcı muamele;

(d). uygar haklar için vazgeçilmez olarak kabul edilen tüm yargısal güvenceleri sağlayan, olağan bir mahkeme tarafından verilmiş bir karar olmaksızın cezaların verilmesi ve infazların gerçekleştirilmesi.

Ortak 3. maddenin misillemeleri yasaklayıp yasaklamadığı tartışmaya açıktır. Misilleme konusunda genel bir yasak bulunmamakla birlikte, yukarıda sayılan eylemlerden herhangi birini içeren misillemelerin yasak kapsamında olduğunda duraksama yoktur.

Ortak 3. maddenin varlığı önemli olmakla birlikte, son derece genel ve muğlak bir şekilde kaleme alınmış olması sorun yaratmaktadır. Örneğin, 3. ortak maddenin *doktorlar* ve *diğer sağlık personeline* getirilecek koruma ve sağlık birimlerine ulaşımları konusunda sessizdir. Yine tutulan kişilere yönelik muameleye veya savaş yöntem ve araçlarına ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Ortak 3. madde, *sivil nüfusun genel korunması* konusunda da sessizdir. Sivil halka yönelik saldırıların açık bir şekilde yasaklanması veya sivil nüfusu korumayı amaçlayan düşmanlıkların yürütülmesine ilişkin kurallar yoktur. Uluslararası olmayan

190 Türkiye, Cenevre Sözleşmelerine taraf olmakla birlikte 1977 tarihli her iki porotokole de taraf değildir. Dolayısıyla konumuz bakımından Ortak 3. maddenin önemi daha da artmaktadır.

silahlı çatışmalar sırasında sivillere yönelik yardım operasyonlarına ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Cenevre Sözleşmeleri'nin II Nolu Protokolü ortak 3. maddenin eksiklerine yanıt olmak üzere hazırlanmasına karşın benzer belirsizlikleri sürdürmesi nedeniyle sivillerin korunması konusunda yetersizlikleri sürdürmektedir. Bununla birlikte bu olgu, Devletlerin iç çatışmalarda 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin II Nolu Protokolü'nü ihlal etmelerini mümkün kıldığı anlamı çıkmamalıdır. Uluslararası hukuktaki güncel gelişmelerin ışığında, iç silahlı çatışmalarda yasaklanan eylemler nedeniyle sivil nüfusa yönelik olarak uluslararası insancıl hukukun "*ağır*" ya da "*ciddi*" ihlali *savaş suçu* olarak kabul edilmektedir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, "*Uluslararası gelenek hukuku, iç silahlı çatışma mağdurlarının korunmasına ilişkin diğer genel ilke ve kurallarla desteklendiği üzere, ortak 3. maddenin ciddi ihlalleri için ve sivil çatışmalarda mücadele araçları ve yöntemlerine ilişkin belirli temel ilke ve kuralları ihlal etmek bakımından cezai sorumluluk yükler. [...] iç silahlı çatışmaları düzenleyen uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinin bireysel cezai sorumluluğu gerektirdiği düşüncesi, maddi adalet ve hakkaniyet açısından da bütüncül güvenceler*" getirdiği kanısındadır.[191]

Günümüzde uluslararası hukuk, savaş suçları kavramının, normalde sözleşme (Cenevre Sözleşmeleri) temelli hukukta yalnızca uluslararası silahlı çatışmalarda kabul edilmesine rağmen, iç çatışmalar sırasında işlenen ciddi ihlallere de uygulanabilir olduğu görüşü benimsenmiş durumdadır. Bu kabule bağlanan ciddi sonuçlar bulunmaktadır. Böylece iç çatışmalarda işlenen uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerinde evrensel yargı yetkisi geçerli hale gelmekte; yine bu suçlar bakımından zamanaşımı kalkanı ortadan kalkmaktadır.

Kasıtlı cinayet, sakatlamalar, işkence ya da aşağılayıcı muameleler, 15 yaşın altındaki çocukların askere alınması ya da çatışmalarda aktif olarak kullanılmalarının yanında uluslararası hukuk uyarınca savaş suçları oluşturan Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesinin ve savaş hukuku ve gelenek hukukunun bazı ağır ihlalleri gibi sivil nüfusa karşı gerçekleştirilen saldırılarda *evrensel yargı yetkisi* işlemeye başlamakta ve bu suçlar bakımından *zamanaşımı* ortadan kalkmaktadır.

Yine II. Protokol, sivillere yönelik yasak davranışlar kataloğunu genişletmekte,[192] sağlık sorunu olan sivillere yönelik muamele konusunda çatışan taraflara getirilen yükümlülüklere ilişkin öngörülen hükümlerin yanında doktorlar ve sağlık çalışanlarına da bir koruma sağlamış gibi görünüyor.[193]

Sonuç olarak silahlı çatışmaların tarafı olmayan sivil kişilere yönelik uluslararası insancıl hukukun ağır ihlali konusu, insan hakları hukuku ile kesişim noktalarının çokluğu dikkate alındığında birbirini destekleyen, ancak birbirinin içine girebilmesi zor alanlarmış gibi duruyor. Bununla birlikte insan hakları hukuku bakımından ileride göreceğimiz gibi bu kesişimin evrensel yargı yetkisini tetiklemesi ve zamanaşımının bu tür eylemlerde işlememesi gibi çıktıları düşünüldüğünde cezasızlıkla mücadeleye yeni soluk getirecek araçları da insan hakları savunucularının hizmetine sunduğu şüphe götürmez.

191 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ilk itirazlara (yargı yetkisine) ilişkin 2 Ekim 1995, *Savcılık v. Tadić ("Prijedor" Davası)* kararı, Case No. IT-94-1, §§ 134 y 135; İtiraz Dairesi, 20 Şubat 2001 tarihli *Savcılık v. Mucic ve Diğerleri ("Elebici" Davası)* kararı, Case No. IT-96-21.

192 Bkz., 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin II Nolu Ek Protokolü'nün İnsanca Muamele Başlıklı II. Bölümü, 4. madde.

193 Bkz., II Nolu Ek Protokolü'ün III. Bölümü, 7-12. maddeler.

II.2.d. Uluslararası suçların özerkliği ilkesi

Ulusal ceza adaleti sistemleri, geçmişi binyıllarca geriye uzanan çok karmaşık, tereddütlü ve çok parçalı bir gelişim çizgisi izleyerek günümüze gelmiş sistemlerdir. Çok uzun yıllar içinde uygulanagelerek yerleşmiş kuralları vardır ve bu kurallar üzerinden işlevlerini yerine getirirler. Buna karşın Modül I'de ve bu modülde şimdiye kadar gördüğümüz üzere, uluslararası ceza hukukunun ortaya çıkışı son derece yenidir ve ulusal ceza hukuku kurallarından esinlense de daha ilk ortaya çıktığı anda önemli ölçüde bu sistemlerden ayrışmaya başlamıştır. Dolayısıyla uluslararası ceza hukuku, iç hukuk sistemlerinden bağımsız olarak, soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçları gibi suç kategorileri yaratarak bu suçların işlenmesi halinde özgün bir ceza sorumluluğu ilkesi yaratarak sui generis[194] bir soruşturma, kovuşturma ve ceza infaz sistemi kurmaya başlamıştır.

Burada unutulmaması gereken konulardan biri, bu sistemin kusursuz olmadığı; daha çok oluşum aşamasında tereddütlü gelişim çizgisi izleyen bir sistem olduğudur. Bir diğer konu ise uluslararası ceza hukuku ile ulusal ceza hukuku kuralları arasındaki kesişim alanlarında bu sistemlerin birbirine zarar vermeksizin nasıl işleyeceğine dair kuralların oluşum aşamasında olmasıdır. Bu oluşuma hizmet eden yargı kararlarının güzel bir örneği, Arjantin Adalet Yüksek Mahkemesi tarafından verilmiştir. Mahkeme'ye göre, "*insanlığa karşı suçlar kategorisi, suçluların iadesi süreçlerinde talepçi Devletin iradesine bağlı değil daha çok uluslararası hukukun jus cogens kurallarına tabidir*."[195] Günümüzde, uluslararası suçların önlenmesi ve cezalandırılmasında, Devletler hem sözleşme temelli hem de uluslararası gelenek hukuku tarafından şekillenen uluslararası hukukun oluşturduğu hukuki rejime uygun davranma yükümlülüğü altındadır.

Suçların hukukiliği (*nullum crimen sine lege*) ve bireysel ceza sorumluluğu ilkeleri, uluslararası hukuka da doğrudan uygulanabilir durumdadır. Bunlar ulusal ölçekte genel ceza hukuku ilkelerini oluşturduğu gibi uluslararası ceza hukukunun da ilkeleri haline gelmiştir. Günümüzde, ceza sorumluluğunun bireyselliği ve kasıt (*mens rea*) olmaksızın ceza sorumluluğu yasağı, *jus cogens* kural olarak kabul edilmektedir.[196]

Ağır insan hakları ihlalleri, soykırım ve savaş suçları bakımından uluslararası hukuk uyarınca oluşturulan rejimin temel özellikleri aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- Devletler, bu suçların faillerini soruşturma, yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü ile bu yükümlülüğü engelleyebilecek ya da etkisiz kılabilecek tedbirleri almaktan kaçınma yükümlülüğü altındadır.
- Devletlerin, uluslararası hukuk uyarınca uluslararası suç oluşturan bir eylemi kendi ceza mevzuatlarında suç olarak tanımlamaması, onu işleyen failleri sorumluluktan kurtarmaz. Devletler, failleri bu eylemlerinden dolayı soruşturma, kovuş-

194 Latince, "türü kendisine özgü" anlamına gelmektedir.

195 Bkz., Uluslararası Af Örgütü: "*Chile: Fujimori case: the Supreme Court of Justice must comply with obligations of international law contracted by Chile*", Londra- Ağustos 2007, AI Index: AMR: 22/006/2007, sf. 5 ve 6. Af Örgütü bu raporunda *Priebke* kararına atıfla konunun Arjantin Yüksek Mahkemesi tarafından Arjantin ceza hukuku mu yoksa uluslararası ceza hukuku kuralları uyarınca mı ele alınması gerektiği tartışması üzerinden Priebke'nin II. Dünya Savaşı sırasında işlediği suçların zamanaşımına tabi olup olmadığının belirlenmesi meselesine odaklandığını belirtirken, özellikle öldürme eyleminin Arjantin ceza mevzuatında bulunduğu ve zamanaşımı kurallarına tabi olduğu görüşünü ileri süren Yüksek Mahkeme üyelerinin azınlıkta kaldığı bilgisini veriyor.

196 Bkz, diğerlerinin yanında, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün 24. maddesi; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Tüzüğü'nün 7. maddesi; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Tüzüğü'nün 6. maddesi, Cenevre Sözleşmeleri'nin I Nolu Protokolü'nün 75(4)(b) maddesi ile Cenevre Sözleşmeleri'nin II Nolu Protolü'nün 6(2)(b) bendi.

turma ve cezalandırma yükümlülüğünden de kendilerini kurtaramaz.[197]

- Bu suçlar, failleri bunları işlemek için siyasi veya ideolojik güdülere sahip olsalar bile, siyasi suçlar olarak sınıflandırılamaz. Siyasi suçlar için uluslararası hukukta belirlenen sonuçlar, özellikle iade, iltica ve sığınma konularında getirilen koruma mekanizmaları bu suçların failleri için geçerli değildir. Suçluların iadesinin sonuçları bakımından uluslararası hukuk, ciddi insan hakları ihlallerini, insanlığa karşı suçları, soykırım ve savaş suçlarını siyasi suç olarak kabul etmeyi açıkça yasaklamaktadır.[198]
- Uluslararası hukuk, *evrensel yargı yetkisi* ilkesini uygulayarak, Devletlerin sınıraşan ceza yargı yetkisini uygulamasına izin vermektedir.
- İsnatta bulunulan failin milliyeti ve suçu işlediği yer ve mağdurdan bağımsız olarak, Devletler kendi topraklarında bu suçlardan birini işlediği iddia edilen kimseleri yargılamak ya da iade etmekle yükümlüdür (*aut dedere aut judicare – iade et ya da yargıla ilkesi*);[199]

Yetkililerin ya da üstlerinin etkili kontrolleri altındaki bu suçları işleyen ast pozisyondaki faillerin ya da bunların hiyerarşik üstlerinin, siviller ya da askeriyeye mensup daha üst pozisyondaki kimselerin, eğer suç işleneceğini biliyor ya da bilmeleri gerekiyorsa ve bunu önlemek ya da durdurmak ya da işleyenleri cezalandırmak için gerekli tedbirleri almadılarsa, ceza sorumlulukları vardır.[200] Uluslararası hukuktaki emri veren hiyerarşik üstün ceza sorumluluğu ilkesi uluslararası içtihatlarda sıklıkla yinelenmekte[201] ve uluslararası gelenek hukuku normu olarak kabul edilmektedir.

Hiyerarşik üstün hukuksuz emrine uyma, bu suçlar bakımından cezai sorumluluktan muaf tutulma ya da haklılık nedeni olarak uygulanmaz. İster sivil, isterse askeri veya başka herhangi bir kamu otoritesinden gelen hiçbir emir veya talimat, ulusal hukukta muafiyet öngörülse bile uluslararası bir suçun işlenmesini haklı göstermek için kullanılamaz. Bu ilke

197 Türk Ceza Kanunu, 76 (Soykırım) ve 77 (İnsanlığa Karşı Suçlar). maddeleri ile uluslararası suçları kendi mevzuatının bir parçası haline getirmiştir. Ankara Gar Katliamı Davası'nın iddianamesiyle bu suç kategorisine dayalı olarak bilebildiğimiz kadarıyla ilk dava da açılmıştır. Ancak sonucunun ne olacağını yargılama süreci bir kesin hükümle sonuçlanmadığından bilmiyoruz. Bu konuda ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Eski Yargıcı Rıza Türmen'in yorumları için bkz. "*İnsanlığa Karşı Suç Türkiye'de*", Birikim Dergisi (İnternet Baskısı), 9 Aralık 2019, https://www.birikimdergisi.com/guncel/9816/insanliga-karsi-suc-turkiyede.

198 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (md. VII); Zorla Kaybetmelere Dair Amerikalılar Arası Sözleşmesi (md. V); Herkesin Zorla Kaybetmelerden Korunması Uluslararası Sözleşmesi (md. 13).

199 Bkz., İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme (md. 7); Herkesin Zorla Kaybetmeden Korunması Uluslararası Sözleşmesi (9 ve 11. maddeler); İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Amerikalılar Arası Sözleşmesi (md. 12); Zorla Kaybetmeye Dair Amerikalılar Arası Sözleşmesi (md. IV); Yargısız, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler (İlke 18).

200 Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Md. 6); Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (Md. 7); Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (Art. 28); Herkesin Zorla Kaybetmeden Korunması Uluslararası Sözleşmesi (md. 6); Yargısız, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler (İlke 19) ve Cezasızlığa Karşı Güncellenmiş İlkeler Demeti (İlke 27).

201 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 16 Kasım 1998 ve 20 Temmuz 2000 tarihli *Savcılık v. Zoran Delalic ve Diğerleri* kararı, Case No. IT-96-21-T); Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Eylül 1998 tarihli *Savcılık v. Jean Paul Akayesu* kararı, Case No. ICTR-96-4-T); Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (Duruşma Öncesi II. Dairesi) 15 Temmuz 2009 tarihli *Savcılık v. Jean Pierre Bemba Gombo* kararı, Case No. ICC-01/05- 01/08); İşkenceye Karşı Komite'nin 24 Ocak 2008 tarihli *2 Nolu Genel Yorumu*, UN Doc. CAT/C/GC/2, § 26.

uluslararası belgelerde[202] ve uluslararası hukukta tekrarlanmıştır.[203] Suç failinin hiyerarşik üstünün emirlerine göre hareket etmiş olması onu cezai sorumluluktan kurtarmasa da cezanın indirim sebep olarak göz önüne alınabilir.

Bu suçların failinin Hükümetin Devlet Başkanı, hükümet ya da parlamento mensubu, seçilmiş memur, hükümet görevlisi ya da diğer resmi görevi ifa edenlerin ceza sorumluluklarından hiçbir koşulda muaf tutulamazlar ve konuları cezada indirim ya da hafifletici bir sebep olarak değerlendirilemez.[204]

II.3. Uluslararası insan hakları hukukunda ağır insan hakları ihlalleri

II.3.a. Genel yaklaşım

Yukarıda uluslararası ceza hukuku ile insancıl hukuk boyutuyla dile getirilen ağır insan hakları ihlalleri, uluslararası ya da iç silahlı çatışma boyutuna ulaşmayan, ancak insanlığa karşı suçlar arasında sayılan bazı eylemlerin gerçekleşmesi halinde de ağır insan hakları ihlallerinden bahsedilir. Öte yandan bu durumda, konu artık uluslararası ceza hukukunun konusu olmaktan çıkar ve insan hakları hukukunun konusuna dönüşür.

Bu farkın en temel sonucu özellikle insan hakları hukukuna yönelik ihlaller bakımından bireysel ceza sorumluluğunun değil, devlet sorumluluğunun gündeme gelmesidir. Yine aşağıda görüleceği üzere, özellikle ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda uluslararası insan hakları hukuku, Devletlere adalete erişim sağlayacak etkili bir başvuru yolu hakkının yanında o ihlallerin faillerini ortaya çıkaracak şekilde etkili cezai soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma sorumluluklarının yanında mağdurlara yönelik giderim sorumluluklarının da devreye girdiği, mağdur bireylere koruma sağlayan bir dizi hukuki ve usuli güvence ile donatılmıştır. Devletler, ağır insan hakları ihlallerinin faillerini tespit etmek ve bu olayları çevreleyen koşulları tespit etmek bakımından etkili soruşturma yapma; toplanan kanıtlar belirli bir faili gösterdiği takdirde yargılama ve sonuçta etkili bir ceza verme ve bu cezayı uygulama sorumluluğunu yerine getirdikleri ölçüde ihlalden sorumlu tutulmaktan kaçınabileceklerdir.

Ağır insan hakları dendiğinde, kabaca, yargısız, keyfi ve kısayoldan infazlar (*yaşam hakkı*), zorla kaybetmeler (yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, işkence yasağı ve özel yaşama saygı hakkı) ile işkence ve kötü muamele yasağından bahsetmiş oluyoruz. Aşağıda işkence ve kötü muamele dışında görece daha az karşılaşılan yaşam hakkının konusunu oluşturan yargısız (hukukdışı), keyfi ve kısa yoldan infazlar olarak uluslararası insan hakları hukukunda ifadesini bulan ihlal türleri ile bir dizi esaslı insan hakkının birlikte ihlaline yol

---

202 *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme* (md. 2(3)); *Herkesin Zorla Kaybetmeden Korunması Uluslararası Sözleşmesi* (md 6); *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri* (md. 6); *Kolluk İçin Davranış Kuralları* (md. 5); *Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* (İlke 19); *Zorla Kaybetmeye Dair Amerikalılar Arası Sözleşmesi* (md. IV); *Yargısız, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* (İlke 18); *Cezasızlıkla Mücadelede Eylem Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesi için Güncellenmiş İlkeler Demeti* (İlke 27); *İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Amerikalılar Arası Sözleşmesi* (md 4); *Zorla Kaybetmeye Dair Amerikalılar Arası Sözleşmesi* (md. VIII); *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md 7.4), *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 6.4); ve *Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü* (md. 33).

203 İnsan Hakları Komitesi'nin BM İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Mart 2004 tarihli, "*Sözleşmeye Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin Niteliği*"ne dair 31 Nolu Genel Yorumu.

204 Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı (md. 7); Nürnberg Şartında ve Mahkemesi Kararında Tanınan Uluslararası Hukuk İlkeleri (İlke I ve III); Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (md. 7,2); Ruanda Uluslararası Mahkemesi Statüsü (md. 6,2); Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (md. 27); *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri* (md. 16); *Cezasızlıkla Mücadelede Eylem Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesi için Güncellenmiş İlkeler Demeti* (İlke 27,c).

açan zorla ve irade dışı kaybetme kavramları konusunda mümkün olduğunca ayrıntılı, derli toplu, genel bir bilgi sunulması amaçlanmıştır.

II.3.b. Yaşam Hakkı

Keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakılmama hakkı, evrensel olarak güvence altına alınan ve çekirdek haklar olarak nitelendirilen belirli bazı haklar içinde yer alan temel bir haktır.[205] Yaşam hakkının bireylerin diğer bütün haklarını kullanabilmesinin ön koşulu olduğu; yaşam hakkı güvence altına alınmadıkça diğer bütün hakların varlığının bir anlamının kalmayacağı açıktır. Dolayısıyla, Devletin keyfi olarak kişiyi yaşam hakkından yoksun bırakması yasağı mutlak bir yasaktır.

Uluslararası insan hakları organlarının içtihatlarında da yaşam hakkından keyfi mahrumiyetine yönelik yasağın mutlak niteliği sıklıkla vurgulanmaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, kişinin yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılmama hakkını, "*insanlığın en üstün yasası*" olarak nitelemektedir. Komite, bu anlamıyla bireyin "*devlet yetkililerince yaşamından yoksun bırakılmasının çok ciddi bir mesele*" olduğunu vurgulamıştır.[206]

Benzer şekilde *Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya* davasında *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*'nin Büyük Dairesi, yaşam hakkını öngören İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 3. maddesi ile Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 6. maddesine göndermeyle, hakkın evrensel olarak tanındığını tespit etmiş; dolayısıyla aynı hakkı öngören İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesi ile güvence altına alınan "*yaşam hakkının insanın devredilemez bir niteliği ve insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer formu olduğu*" tespitinde bulunmuştur.[207] Mahkeme ayrıca yaşam hakkının yükümlülük azaltmaya izin vermeyen mutlak bir niteliği olduğunu ve işkence yasağı ile birlikte yaşam hakkının Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden biri olarak kutsandığını da sıklıkla vurgulamaktadır.[208]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ise, yaşam hakkının temel bir insan hakkı olduğundan hareketle, "Bu haktan tam olarak yararlanma diğer insan haklarından yararlanabilmenin önkoşuludur. Dolayısıyla bu hakkı sınırlamaya yönelik herhangi bir yaklaşım kabul edilemez"[209] yorumunda bulunmuştur. Dahası Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, "yaşam hakkı gözetilmezse, diğer bütün hakların anlamsız"[210] kalacağını tespit ederek; yaşam hakkının önemini bir defa daha vurgulamıştır.

Benzer şekilde, *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu*, yaşam hakkını, insanlığın üstün yasası ve diğer bütün haklardan yararlanabilmenin olmazsa olmaz (*sine qua non*) koşulu

---

205 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 3. maddesi; Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 6. maddesi; Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi; Kadınlara Karşı Şiddetin Kaldırılmasına Dair Bildiri'nin 3. maddesi; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesi.

206 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 31 Mart 1982 tarihli *Suárez Guerrero v. Kolombiya* kararı, [R.11/45], UN Doc. A/37/40, § 13.1.

207 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 23 Mart 2001 tarihli *Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya* [BD] kararı, [34044/96], § 94.

208 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğer kararlarının yanında bkz., 12 Kasım 2013 tarihli *Benzer ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [23502], § 162; 27 Haziran 2000 tarihli *İlhan v. Türkiye* [BD] kararı, [22277/93], § 73; 5 Eylül 2017 tarihli *Tekin ve Aslan v. Belçika* kararı, [37795/13], § 82; 21 Haziran 2018 tarihli *Semache v. Fransa* kararı, [36083/16], §65.

209 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 4 Temmuz 2007 tarihli *Zambrano Vélez ve Diğerleri v. Ekvador* kararı, Seri C No. 166, § 78; 19 Kasım 1999 tarihli *Sokak Çocukları (Villagrán Morales vd.) v. Guatemala* kararı, Seri C No. 63, § 144; 25 Kasım 2006 tarihli *Miguel Castro Castro Hapishanesi v. Peru* kararı, Seri C No. 160, § 237.

210 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 3 Mart 2005 tarihli *Huilca Tecse v. Peru* kararı, Seri C No. 121, § 65.

olarak yorumlamaktadır.[211] Komisyon daha da ileri giderek, "*yaşam hakkı, İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nde ve hem bölgesel hem de uluslararası düzeydeki pek çok uluslararası belgede öngörülmüş olan temel bir jus cogens hak olarak anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, yaşam hakkı, uluslararası hukukun emredici ve bu nedenle yükümlülük azaltılamaz bir normudur.*"[212] sonucuna ulaşmıştır.

Bireyin yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılmama hakkının *jus cogens* bir norm olduğuna ve dolayısıyla yükümlülük azaltılamaz karakterine yapılan bu vurgunun daha iyi anlaşılabilmesi için keyfi öldürme yasağının uluslararası insancıl hukuk tarafından da yasaklandığının bilinmesinde yarar var.[213] Uluslararası insancıl hukukun yaşam hakkına yönelik öngördüğü güvenceler, *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu* tarafından 22 Ekim 2002 tarihli *Terör ve İnsan Hakları* başlıklı raporunda yorumlanmıştır. Komisyon'a göre: "*silahlı çatışma bağlamında yaşam hakkının sınırları değişebilmekle birlikte, keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakma yasağı mutlak niteliğini sürdürür. Sözleşme'de, silahlı çatışmalar ve olağanüstü haller dahil olmak üzere hiçbir koşulda yaşam hakkında yükümlülük azaltmaya gidilemeyeceği açıkça ifade edilmektedir.*"[214] Dolayısıyla iç silahlı çatışmalar bağlamında yaşam hakkından keyfi yoksun bırakma koşulları gerçekleştiğinde olayın soruşturulması, faillerin belirlenmesi, yargılanması ve cezalandırılması bakımından uluslararası ceza hukukunun devreye girmediği durumlarda uluslararası insan hakları hukuku bu görevi üstlenmek durumundadır.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun aynı raporunda aşağıdaki gerekçelerle bu tespite açıklık getirdiği gözlemlenmektedir. Buna göre, "*uluslararası insancıl hukuk, silahlarını bırakmayan veya savaş dışı (hors de combat) kalmamış düşman savaşçıların hedef alınmasını ya da öldürülmesini yasaklamaz. Dolayısıyla, savaşçının bu koşullarda ölümü, yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirilmez. Buna karşın, uluslararası insancıl hukuk, silahlı çatışma taraflarının savaşırken başvurabileceği yol ve yöntemleri kısıtlayarak savaşçıların yaşamlarını veya yasalar çerçevesinde yaşamlarından yoksun bırakılabilecekleri durumları da bir ölçüde koruma altına almaktadır. Örneğin fazlasıyla eziyete neden olan zehirli gaz veya bakteriyolojik araçlar gibi bazı silahların kullanımının sınırlandırılması veya yasaklanması bu kapsamdadır. [...] Uluslararası insancıl hukuk bakımından savaş davranış ve yöntemlerini düzenleyen kurallar, ayrıca, sivillerin ve teslim olan ya da yaralanma, hastalanma, tutulma ya da başka bir nedenle savaş dışı kalmış savaşçıların yaşamlarını, bu kategorilerdeki insanlara saldırılmasını yasaklayarak korumaktadır.*"[215]

Uluslararası insan hakları yargı organlarının içtihatlarında, yaşam hakkından keyfi mahrumiyet yasağını mutlak ve yükümlülük azaltılamaz niteliği yeterli açıklıkta ortaya konmuştur. Ancak burada dile getirilen mutlak nitelikteki yaşamdan mahrum etmeme yasağının Devletin keyfi eylemleriyle sınırlı bir yasak olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla belirli bazı durumlarda bireyin yaşamından mahrum edilmesi, uluslararası insan hakları hukuku uyarınca meşru görülebilir.

---

211 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun 22 Ekim 2002 tarihli *Michael Dominguez v. Birleşik Devletler* raporu, Report No. 62/02, Case No. 12.285, § 38.

212 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun 18 Şubat 1998 tarihli *Arges Sequeira Mangas v. Nikaragua* raporu, Report No. 52/97, Case No. 11.218, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 692 (1997), § 145.

213 Bkz., Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi; III Nolu Cenevre Sözleşmesi'nin 100–107. maddeleri; IV Nolu Cenevre Sözleşmesi'nin 68, 74 ve 75. maddeleri ile Cenevre Sözleşmelerine ek 1 Nolu Protokolün 75.2, a, 76.3, 77.5 ve 85.3. maddeleri ve 2 Nolu Protokolün 4.2(a) ve 6.4. maddeleri.

214 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun 22 Ekim 2002 tarihli *Terör ve İnsan Hakları Raporu (Report on Terrorism and Human Rights*), OAS/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 revs. 1 corr., § 86.

215 İbid, §§ 100 ve 101.

Buna karşın, son derece istisnai koşullarda ortaya çıkan böylesi bir meşruiyet, devletlere yaşam hakkından keyfi yoksun bırakma eylemleri bakımından açık çek anlamını taşımaz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, "*Taraf Devletler, sadece suç oluşturan eylemlerle bireylerin yaşamlarından yoksun bırakılmasını engellemek ve cezalandırmak için değil, aynı zamanda kendi güvenlik güçleri tarafından keyfi öldürmelerin önüne geçmek adına da tedbir almalıdır. [...]. Dolayısıyla, kişinin hangi koşullar altında yetkililer tarafından yaşamından yoksun bırakılabileceği kanunen sıkı bir şekilde denetlenmeli ve kısıtlanmalıdır*"[216] tespitinde bulunmuştur.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu da Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin yolundan giderek benzer tespitlerde bulunmuştur. Komisyon'a göre: "*Devletin görevi, kendi yargı yetkisi içindeki her bireyin yaşam ve keyfi olarak yaşamından yoksun bırakılmama hakkının ihlal edilmemesini güvence altına almaktır. Bu görev, söz konusu hakkın ortadan kaldırılmasına neden olabilecek durumların makul tedbirlerle önlenmesi anlamına gelmektedir. Gerekli özen ilkesi, ihmal sonucu dahi olsa bu hakkın baskılanmasına yol açabilecek durumları da makul tedbirlerle önlemeyi devletin görevi haline getirir. [...] Yaşam hakkı devletler bakımından nitelikleri gereği hem önleyici hem de düzeltici görevler yaratır*" demiştir.[217]

İnsan haklarının sert çekirdeğinde bulunan hakların başında gelmesi nedeniyle, uluslararası hukukta yaşam hakkından yoksun bırakmaya ilişkin sıkı koşullar öngörülmüştür. Bu nedenle kişiyi yaşamından yoksun bırakabilecek zor ve ateşli silah kullanımı[218] durumları, sıkı bir şekilde düzenlenmiştir. Zor ve ateşli silah kullanma durumunda bu kurallar, *Kolluğun Güç ve Silah Kullanımına Dair Temel İlkeler* ve *Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* başta olmak üzere bir dizi uluslararası hukuk belgeleriyle asgari standarda bağlanmıştır. Uluslararası insan hakları organlarının içtihatları, bir yandan zor ve silah kullanmaya bağlı öldürmeleri kurala bağlayan ölçüt ve koşulları geliştirirken, öte yandan bu standartlar devletin yaşamdan yoksun bırakma sonucunu doğuran eylemlerinin meşru mu yoksa keyfi mi olduğunun değerlendirilmesinde kullanılabilecek ölçüt ve koşulları da mevhum-u muhalifinden belirginleştirmektedir.[219]

Hukuki ya da fiili olarak devlet makamlarına atfedilebilecek yaşamdan keyfi yoksun bırakılmama hakkının ihlali halinde, uluslararası insan hakları hukuku, *yargısız*, *keyfi* ya da *kısayoldan* infazlara göndermede bulunmaktadır. Bu ayrımları içerik ve kapsamını tanımlayan bir uluslararası sözleşme bulunmamakla birlikte, uluslararası insan hakları organlarının içtihatları ve insan hakları hukuku öğretisi bu kavramların içerik ve kapsamına zaman içinde aşamalı olarak açıklığa kavuşturmuştur.

---

216 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin *Yaşam Hakkı'na (Madde 6) ilişkin 6 Nolu Genel Yorumu, §* 3.

217 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Guatemala'ya ilişkin raporu, Report No. 32/99, Case No. 11.677, §§. 122 –124.

218 Zor ve silah kullanımına ilişkin düzenlemelerin bulunduğu belgeler: Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından 1989/65 sayılı, 24 Mayıs 1989 tarihli Kararında tavsiye edilen *Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler*; Genel Kurul tarafından 34/169 sayılı, 17 Aralık 1979 tarihli Kararında kabul edilen *Kolluk için Davranış Kuralları* ile27 Ağustos – 7 Eylül 1990'da Havana'da düzenlenen Birleşmiş Milletler Sekizinci Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Kongresinde kabul edilen *Kolluğun Güç ve Silah Kullanımına Dair Temel İlkeler*.

219 Uluslararası insan hakları organlarının yaşam hakkı ihlallerine yönelik örnek içtihatlarından bazıları için bkz., *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi*: 31 Mart 1982 tarihli *Guerrero v. Kolombiya* kararı, [45/1979]; 24 Ekim 2002 tarihli *Gustavo Coronel Navarro ve Diğerleri v. Kolombiya* kararı, [778/1997]; 29 Temmuz 1997 tarihli *Villafañe Chaparro ve Diğerleri v. Kolombiya* kararı, [612/1995]. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*: 4 Mayıs 2001 tarihli *McKerr v. Birleşik Krallık* kararı, [28883/95]; 19 Şubat 1998 tarihli *Kaya v. Türkiye* kararı; ve 5 Eylül 1995 tarihli *McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krall*ık kararı. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi: 4 Temmuz 2007 tarihli *Zambrano Vélez ve Diğerleri v. Ekvador* kararı, Seri C No. 166; 19 Kasım 1999 tarihli *Sokak Çocukları (Villagrán Morales ve Diğerleri) v. Guatemala* kararı, Seri C No. 63; 25 Kasım 2006 tarihli *Miguel Castro-Castro Hapishanesi v. Peru* kararı, Seri C No. 160; 31 Ocak 2006 tarihli *Pueblo Bello Katliamı v. Kolombiya* kararı, Seri C No. 140; ve 19 Ocak 1995 tarihli, *Neira Alegría ve Diğerleri v. Peru* kararı, Seri C No. 20.

Yaşam hakkından keyfi bir şekilde mahrum bırakılmaya yönelik Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1980 yılında ilk olarak, "*kısayoldan veya keyfi infazlar*" ve "*hukukdışı infazlar*" olarak nitelendirmede bulunulmuştur.[220] Sonrasında *Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Eski Alt Komisyonu*'nun, *İnsan Hakları Eski Komisyonu*'nun kararlarına[221] ve *Ekonomik ve Sosyal Konsey*'in çalışmalarında,[222] bu ihlaller "*kısa yoldan* veya *keyfi infazlar*" olarak sınıflandırılmıştır.

1982 yılında oluşturulan *Yargısız, Kısa Yoldan veya Keyfi İnfazlar Özel Raportörlüğü*'nün çalışmalarıyla *keyfi* ve *kısayoldan* infaz terimlerinin kapsamlarını açıklığa kavuşturmuştur. Özel Raportör, 1983'te, **keyfi infazı**, *devletin emri ya da katılımı, hoşgörüsü ya da göz yumması ile yargısal ya da hukuksal süreçler olmaksızın öldürmek suretiyle keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakma* şeklinde tanımlamıştır.[223]

Yine Yargısız, Kısa Yoldan veya Keyfi İnfazlar Özel Raportörlüğü 1992 yılında **kısayoldan infazı** ise "*seri bir yargılama usulünün sonucu veya Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 14. maddesinde öngörülen asgari güvenceler kısıtlanarak, bozunmaya uğratılarak veya ihmal edilerek verilen bir hükme dayalı yaşamdan keyfi yoksun bırakma*" olarak tanımlamıştır.[224] Öte yandan, Özel Raportör'ün yetki ve görevinin değiştirilmesine dair tartışmalar, görev alanına "yargısız infaz" teriminin dahil edilmesiyle son bulmuştur.

Yine konuya ilişkin kararlarında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1987'den beri "*yargısız infaz*" terimini kullanmış olması dikkat çekicidir. Başka bir dikkat çekici nokta, aralarında ayrımlar bulunmasına rağmen bu terimler insan hakları organları tarafından genellikle birbirinin yerine geçecek şekilde eş anlamlı olarak kullanılmasıdır. Bu kavramların bu anlamda birleşik bir tanımı 2004 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından kolluk için hazırlanan eğitim rehberinde yapılmıştır. Buna göre yargısız, keyfi ya da kısayoldan infaz: "*Tam bir yargısal ve hukuki süreç olmaksızın devletin ya da ajanlarının karışması, iştiraki, hoşgörüsü ya da rızasıyla kişinin yaşamından yoksun bırakılmasıdır. Polis ya da güvenlik güçlerince aşırı güç kullanımı sonucu oluşan ölümler de buna dahildir.*"[225]

Yukarıdaki açıklamalardan da görüleceği üzere, uluslararası insan hakları hukukunda yaşam hakkından hukuksuz bir şekilde mahrum bırakılma durumu, "*yargısız*", "*kısayoldan*" ve "*keyfi*" infaz olarak üçe ayrılmaktadır.[226] Aşağıda bu üç kavrama yönelik ayrımlar belirginleştirilmeye çalışılacaktır.

220 Bkz., Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 35/172 sayılı kararı

221 Bkz., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 11 Mart 1982 tarih ve 1982/29 sayılı Kararı.

222 Bkz., ECOSOC'un 7 Mayıs 1982 tarih ve 1982/35 sayılı Kararı.

223 Bkz., Yargısız, Kısa Yoldan veya Keyfi İnfazlar Özel Raportörlüğü'nün çalışmaları için bkz., UN Doc. E/CN.4/1983/16, § 66; 12 Şubat 1992 tarihli UN Doc. E/CN.4/1992/CRP.1, § 606 (b).

224 Yargısız, Kısa Yoldan veya Keyfi İnfazlar Özel Raportörlüğü'nün 12 Şubat 1992 tarihli belgesi için bkz., UN Doc. E/CN.4/1992/CRP.1, 12 Şubat 1992, para. 606 (a).

225 Bkz., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin Eğitim Kiti için, "*Human Rights and Law Enforcement - A Manual for Human Rights Training for the Police, Professional Training Series*", No. 5/Add.2, 2004, Index HR/P/PT/5/Add.2, p. 15.

226 Bazı insan hakları belgelerinde "yargısız infaz" (extrajudicial) teriminin yerine "hukuksuz infaz" (extra-legal") teriminin kullanıldığına tanık olunmaktadır. Bu rehberde kafa karışıklığını ortadan kaldırmak ve ayrımları daha da belirginleştirmek adına "hukuksuz infaz" değimi, bütün hukuka aykırı yaşamdan yoksun bırakma biçimlerini kapsayacak şekilde şemsiye bir kavram olarak kullanılacaktır.

II.3.b. i. Yargısız infaz

"Yargısız infaz" terimiyle, ceza hukuku uyarınca, "*cinayet*" ya da "*adam öldürme*" fiillerine göndermede bulunulmakta ve bunun bir sonucu olarak yargısız infazlara devletin *güvenlik güçleri*nin yanında onunla işbirliği içinde olan ya da onun hoşgörü gösterdiği *paramiliter* gruplar, ölüm mangaları veya diğer özel güçler tarafından bilinçli gerçekleştirilen saldırılar ya da öldürmelerle sonuçlanan yaşam hakkından mahrumiyet durumları kastedilmektedir. Bunların yanında, *geride kimseyi sağ bırakmama emri* gibi "*acımasız savaş*" pratikleri sonucu ortaya çıkanlar dahil, *sivillerin* ve *savaş dışı kalmış* olarak nitelenen savaşçıların (*hors de combat*) kasten ve bilerek öldürülmesi de uluslararası insancıl hukuk anlamında *yargısız infaz* oluşturur.

Yargısız infaz, insan hakları hukukunun en ağır ihlallerinden biri olup, buna ilişkin yasak, uluslararası hukukun *jus cogens* nitelikteki bir normu olarak kabul edilmektedir. Uluslararası insan hakları yargı organlarının içtihatlarında, diğer mağdurların yanı sıra çocukların, hamile kadınların, sendikacıların, siyasi muhaliflerin, gazetecilerin, insan hakları savunucularının ve yargı mensuplarının hukuk dışı infazlarına ilişkin davalarda ifade edildiği gibi, bu eylemin belirli bağlamlarda veya belirli kişilere karşı işlenmesi halinde özgün niteliğinden dolayı ihlalin özel boyutlar kazandığına da vurgu yapılmaktadır.

Bu tür bir vurgulara Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir kararı üzerinden örnek verilebilir. Peru'da maden iş kolunda örgütlenme çalışması yapan yüksek profilli bazı sendikacıların şüpheli koşullarda öldürülmesine ilişkin olarak *Cantoral-Huamaní ve García-Santa Cruz v. Peru* kararında Amerikalılar Arası Mahkeme, iki sendika başkanının infaz edilmesine ilişkin aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

> "Mahkeme ayrıca, Saúl Cantoral-Huamaní ve Consuelo García-Santa Cruz'un infazının Peru maden işçileri sendikal hareketi çalışanları üzerinde sindirici etkisi olduğunu tespit etmiştir. Böylesi bir bağlamda bu tür infazlar, yalnızca bireyin örgütlenme özgürlüğünü değil, aynı zamanda belirli bir grubun korkmaksızın özgürce örgütlenme hak ve özgürlüğünü de kısıtlamıştır. Başka bir ifadeyle maden işçilerinin bu haklarında yararlanma özgürlükleri olumsuz etkilenmiştir. Ek olarak, bu sindirici etki, davayı kuşatan cezasızlık bağlamında öne çıkmış ve daha da ağır bir hal almıştır."[227]

Yine benzer bir şekilde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, insan hakları aktivistlerinin yargısız infazına ilişkin önüne gelen *Nogueira de Carvalho ve Diğerleri v. Brezilya* davasında, aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

> "...insan hakları savunucularının esenlik ve yaşamlarına yönelik tehdit ve girişimler ile bu tür eylemlerin sorumlularının cezasızlıktan yararlanmaları, salt bireysel değil kolektif etkileri yüzünden özellikle ağırdır. Böylesi olaylar gerçekleştiğinde, toplumun söz konusu devletin yargı yetkisi altındaki kişilerin haklarının korunup korunmadığı ya da ihlal edilip edilmediğine dair hakikati öğrenmesi engellenir."[228]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki içtihatlarına verilebilecek bir başka örnek, bir dizi ölüm ve zorla kaybetme vakasını soruştururken devlet güvenlik güçleri ve *paramiliter* güçler tarafından infaz edilen bazı yargı mensuplarının konu olduğu *Rochela Katliamı v. Kolombiya* kararıdır. Bu kararda Amerikalılar Arası Mahkemesi'ne göre bu infaz-

227 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 10 Temmuz 2007 tarihli *Cantoral-Huamaní ve García-Santa Cruz v. Peru* kararı, Seri C No. 167, §148.

228 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 28 Kasım 2006 tarihli Nogueira de Carvalho ve Diğerleri v. Brezilya kararı, Seri C No. 161, § 76.

lar: "*açık insan hakları ihlallerinin soruşturulması ve [sorumluların] cezalandırılmasına engel olmak amacıyla tasarlandığı için özellikle ağırdır. Yargı mensupları insanlık dışı bir yöntemle infaz edilmiştir. Rochela Katliamının ayrıca bu ve diğer benzeri davaların soruşturulması ile ilgili yargı mensuplarını sindirmek gibi ağır sonuçları bulunmaktadır*".[229]

II.3.b. ii. Keyfi infaz

"*Keyfi infaz*" kavramı, kolluk görevlileri tarafından aşırı, orantısız ve yasa dışı güç kullanımı sonucu meydana gelen ölümler için kullanılmaktadır.

Çeşitli uluslararası insan hakları belgelerinde zor ve silah kullanımına ilişkin ilkeler, ölçütler ile güvenlik güçlerinin hangi koşullarda ve hangi ölçüde zor ve silaha başvurabileceği de belirlenmiştir.[230] Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, "*hakkın yasayla korunması ve kimsenin keyfi olarak yaşamından yoksun bırakılmaması gerekliliğinin, bireyin devlet makamları tarafından yaşamından yoksun bırakılabileceği koşulların yasayla sıkı sıkıya denetlenmesi ve sınırlandırılması gerektiği anlamına geleceği*"ni tespit etmiştir.[231]

Kolluğun Zor ve Silah Kullanmasına Dair Temel İlkeler'in 4. ilkesi uyarınca, "Kolluk, görevini yerine getirirken, zora ve silaha başvurmadan önce mümkün olduğu ölçüde şiddet içermeyen araçları kullanır. Sadece başka araçların etkisiz kalması veya hedeflenen sonucun gerçekleşme olanağının bulunmaması halinde zor veya silah kullanabilir."

Aynı belgenin 5. ilkesi, zor ve silah kullanmanın kaçınılmaz hale gelmesi durumunda kolluğun nasıl davranması gerektiğine dair asgari standardı öngörmektedir. Buna göre, zor ve silah kullanmak mutlak bir gereklilik haline geldiği durumlarda kolluk aşağıdaki şekilde davranmak durumundadır:

(a). Suçun ciddiliğiyle ve gerçekleştirilmek istenen meşru amaçla *orantılı* bir ölçüde zor kullanılır;

(b). Meydana gelecek zarar ve hasarı en aza indirilir ve insan yaşamına saygı duyulur ve korunur;

(c). Yaralanan ve zarara maruz kalan kişilere mümkün olan en kısa sürede tıbbi yardım ve destek verilmesini sağlanır;

(d). Yaralanan veya zarara maruz kalan kişinin akrabaları veya yakın arkadaşlarına mümkün olan en kısa sürede haber verilmesi sağlanır.

Kolluğun Zor ve Silah Kullanmasına Dair Temel İlkeler'in 9. ilkesi meşru savunma durumuna kolluğun zor ve silah kullanımına ilişkin standartları düzenlemektedir. Buna göre:

Kolluk kendilerinin ve başkalarının öldürülmelerine veya ağır bir biçimde yaralanmalarına yönelik yakın bir tehlikeye karşı müdafaa halleri ile yaşama karşı ağır bir tehdit içeren ağır nitelikteki özel suçların işlenmesini önlemek, bu tür bir tehlike gösteren veya emirlere direnen bir kimseyi yakalamak veya böyle bir kimsenin kaçmasını önlemek amacı dışında ve bu

229 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 11 Mayıs 2007 tarihli *Rochela Katliamı v. Kolombiya* kararı, Seri C No. 163, § 103.

230 Bu konuda Birleşmiş Milletler insan hakları organları tarafından üretilen standartları kodifiye eden belgelerden bazıları için bkz., Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler; Kolluk için Davranış Kuralları; Kolluğun Zor ve Silah Kullanmasına Dair Temel İlkeler; Mahpuslara Muameleye Dair Güncellenmiş Asgari Standart Kurallar (Mandela Kuralları); Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü.

231 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 31 Mart 1982 tarihli *Suárez Guerrero v. Kolombiya* kararı, [45/1979], § 13.1.

amaçları gerçekleştirmek için daha hafif yöntemler yetersiz kalmadıkça başkalarına karşı silah kullanamazlar. Her durumda sadece yaşamı korumak için kesinlikle kaçınılmaz olduğu zaman öldürmeye yönelik silah kullanılabilir.

Kolluğun Zor ve Silah Kullanmasına Dair Temel İlkeler'in 10. ilkesi meşru savunma nedeniyle kolluğun zor ve silah kullanma yetkisinin doğduğu durumlarda uyarıda bulunma yükümlülüğü ve koşullarını düzenlemektedir. Buna göre:

Kolluk dokuzuncu prensipte belirtilen durumlarda, kendilerini gereği gibi tanıtarak silah kullanma niyetleri konusunda açık bir uyarıda bulunurlar ve uyarıya uyulabilmesi için yeterli zaman verirler. Eğer uyarıda bulunmak, kolluğu gereksiz yere tehlikeye sokacak ise veya başkaları için ölüm veya ciddi bir biçimde yaralanma riski yaratacak ise veya olayın şartları içinde açıkça gereksiz veya anlamsız ise, uyarı yapılmaz.

Kolluğun Zor ve Silah Kullanmasına Dair Temel İlkeler'in 11. ilkesi, kolluğun silah kullanımına ilişkin yasal düzenlemelerin içermesi gereken kuralları düzenlemektedir. Buna göre:

Kolluğun silah kullanmaları konusunda tüzük veya yönetmelikler şu yönergeyi içerir:

(a). Kolluğun hangi şartlarda silah taşımaya yetkili olduklarını belirten ve taşınmasına izin verilen silahlar ile mühimmatın türlerini gösterir;

(b). Silahların sadece gerekli durumlarda ve gereksiz zarar riskini en aza indirebilecek bir tarzda kullanılmasını sağlar;

(c). Haksız bir yaralamaya sebep olacak veya gereksiz bir tehlike oluşturacak şekilde silah ve mühimmat kullanılmasını yasaklar;

(d). Kolluğa verilen silahlar ve mühimmattan sorumlu olmalarını sağlayan usuller de dahil, silahların kontrolünü, depolanmasını ve zimmet şeklini düzenler;

(e). Gerektiğinde silah kullanılacağı zaman, yapılacak uyarılar yer alır;

(f). Kolluk görevlerini yerine getirirken silah kullanmaları halinde, bunun daha sonra haber verilmesi için bir sistem öngörür.

Kolluğun Zor ve Silah Kullanmasına Dair Temel İlkeler ayrıca toplumsal olaylar ve gösteri yürüyüşlerinde kolluğun zor ve silah kullanma yetkisinin kullanımına dair de standartlar (12–14. ilkeler) ile tutulan veya hapsedilen kişiler bakımından asayişi sağlama yükümlülüğüyle bağlantılı güç ve silah kullanımına dair kurallara da (15–17. ilkeler) yer verilmiştir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi bir dizi içtihadıyla, *Kolluğun Zor ve Silah Kullanmasına Dair Temel İlkeler* başta olmak üzere bütün uluslararası belgelerdeki yaşam hakkının korunmasına ilişkin ilke ve ölçütleri sistemli bir bütün haline getirmiştir.[232] Amerikalılar Arası Mahkemesi, sistemleştirdiği bu ilke ve ölçütlerin devlet makamlarınca ölümcül silah kullanıldığı olaylara egemen davranış kuralları olması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre:

- ***İstisnailik İlkesi***: Ölümcül güç kullanımı istisnai olmalı; diğer bütün denetim araçları tükendiğinde ve başarısız olduğunda, ancak son çare olarak kullanılmalıdır.

232 Bkz., Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 25 Kasım 2006 tarihli *Miguel Castro-Castro Hapishanesi v. Peru* kararı, Seri C No. 160, §§ 234 ve dev.; 24 Kasım 2011 tarihli *Barrios Ailesi v. Venezuela* kararı, Seri C No. 237, § 49; 4 Temmuz 2007 tarihli, *Zambrano Vélez ve Diğerleri v. Ekvador* kararı, Seri C No. 166, §§ 81 ve dev; 5 Temmuz 2006 tarihli, *Montero Aranguren ve Diğerleri (Retén de Catia) v. Venezuela* kararı, Seri C No. 150, §§ 66 ve dev.

- ***Yasallık İlkesi***: Ölümcül güç kullanımı yasalarla sıkı bir biçimde düzenlenmeli; bu yapılırken de düzenlemelerdeki ölümcül güç kullanımına izin verilen durumlar istisnai ve sınırlayıcı olmalıdır.
- ***Meşruluk İlkesi***: Ölümcül güç kullanımına, ancak yaşam ve kişi bütünlüğü haklarının korunması gibi meşru bir amaca hizmet etmek için kesinlikle gerekliyse başvurulmalıdır.
- ***Zorunluluk ve Orantılılık İlkesi***: Ölümcül güç kullanımına, ancak bir güç veya tehditle başa çıkabilmek ya da bu güç ya da tehdidi püskürtebilmek için mutlak gerekli ve kaçınılmaz olduğunda başvurulmalı ve karşı karşıya kalınan yakın tehlike ya da tehditlerle orantılı olmalıdır.
- ***İnsanilik İlkesi***: Ateşli silah kullanımından kaynaklı yaralanma ve zararlar asgari düzeyde tutulmalı; bu şekilde yaralanan veya etkilenenler ile ilgilenilmelidir.
- ***Hesap Verebilirlik İlkesi***: İç hukukta, ölümcül güç kullanımının bağımsız bir şekilde denetlenebilmesi için gerekli mekanizmalar ve usuller oluşturulmalıdır.

Zor ve silah kullanımına dair yukarıda belirtilen bu uluslararası standartları ihlal edecek şekilde ölümcül güç kullanımı sonucu meydana gelen ölümler, keyfi infaz olarak değerlendirilmektedir. Bu arada keyfi infazların yalnızca kolluk görevlilerine isnat edilebilir fiillerle sınırlı olmadığını, doğrudan veya dolaylı devlet emriyle hareket eden kişilerin neden olduğu ölümleri de kapsadığı belirtilmelidir.

Öte yandan nezarethane ya da hapishane gibi tutma yerlerinde tutulanlara yönelik keyfi infazlar, uluslararası insan hakları organlarının içtihatlarına da yansımıştır. Özgürlüklerinden yoksun bırakılan kimselere karşı şiddet kullanımı,[233] özellikle özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişiler söz konusu olduğunda devletin garantör olarak özel bir konumda olduğu dikkate alındığında, daha sıkı sınırlamalara tabiidir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, "*... hapishanelerden sorumlu olan devlet, tutulanların haklarını güvence altına alır. Diğer yükümlülüklerinin yanı sıra Devlet, gözetim altında tuttuğu kimselere başlarına geleni açıklamakla yükümlüdür. Devlet yetkilileri, devlet gözetim altında tuttuğu kimseler üzerinde tam bir denetime sahiptir. Tutulan bir kimseye yönelik muamele, tutulanın savunmasızlığı göz önünde tutularak, sıkı denetime tabii olmalıdır [...].*"[234]

Uluslararası belgelerde yaşam hakkının korunmasına yönelik standart kurallar ihlal edilerek özgürlüklerinden yoksun bırakılan kimselerin zor kullanılarak öldürülmeleri keyfi infaz anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, başlangıçta keyfi infaz olarak görünen bir fiil, ölümcül güç mağdurun yaşamına son vermek amacıyla kullanılmışsa ve ortada ateşli silah kullanımını meşru kılacak bir durum yoksa esasında yargısız infaz olabilir. Örneğin, *Miguel Castro – Castro Cezaevi v. Peru* davasında, *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi*, başvurucuların yakınlarının kamu makamları tarafından cezaevinde öldürülmeleri eylemini "katliam" olarak nitelenmiştir. Mahkeme, "*operasyon başladığında, mahpusların isyan ettiğine ilişkin bir olgu ya da devlet görevlileri tarafından güç kullanımını meşru kılacak başka herhangi bir*

233 Tutulma yerlerinde Devletin zor ve silah kullanımına ilişkin düzenlemeler öngören Birleşmiş Milletler insan hakları belgelerinin bazıları için bkz. *Mandela Kuralları*, 27 – 34. maddeler; *Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü* 6, 7, 21 ve 30. ilkeler; *Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları* 63 – 71. maddeler; *Birleşmiş Milletler Kadın Mahpuslara Muameleye İlişkin Kurallar ve Kadın Suçlulara Yönelik Hapislik Dışı Tedbirler, "Bangkok Kuralları"*, 7, 19, 20, 22, 24 ve 25. maddeler.

234 *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi*'nin 18 Eylül 2003 tarihli *Bulacio v. Arjantin* kararı, Seri C No. 100, § 126; bu karardakine benzer *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*'nin bir değerlendirmesi ile karşılaştırmak için bkz., 15 Kasım 2016 tarihli *Hamdemir ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [41896/08], § 45.

sebep bulunmadığını" tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre, başından itibaren bu olayda devletin "*mahpusların yaşamları ve fiziki bütünlüklerine yönelik planlı bir saldırı söz konusuydu.*"[235]

Keyfi infazlar bağlamında önemli bir başka konu, toplumsal olaylar ve gösterilerde kolluğun zor kullanımına ilişkindir. *Kolluğun Zor ve Silah Kullanmasına Dair Temel İlkeler*'in 13. ilkesi uyarınca, "*Kolluk yasadışı olan ve fakat şiddet içermeyen toplantıların dağıtılması sırasında zor kullanmaktan kaçınır; zor kullanmaktan kaçınmak mümkün değilse, bu zor kullanmayı gerekli olan asgari ölçüyle sınırlı tutar.*" Buna karşın, aynı belgenin 14. ilkesine göre, "*Kolluk şiddetli toplantıların dağıtılmasında, daha az tehlikeli araçların kullanılmasının elverişli olmaması halinde ve sadece gerekli olan asgari ölçüde kullanabilir. Kolluk, yukarıda dokuzuncu ilkede belirtilen şartlar dışında silah kullanamaz. Kolluğun Zor ve Silah Kullanmasına Dair Temel İlkeler*'in 9. ilkesi ise 14. ilke uyarınca kolluğa tanınan zor ve silah kullanma yetkisinin koşullarını aşağıdaki koşullara bağlamıştır: "*Kolluk kendilerinin ve başkalarının öldürülmelerine veya ağır bir biçimde yaralanmalarına yönelik yakın bir tehlikeye karşı müdafaa halleri ile yaşama karşı ağır bir tehdit içeren ağır nitelikteki özel suçların işlenmesini önlemek, bu tür bir tehlike gösteren veya emirlere direnen bir kimseyi yakalamak veya böyle bir kimsenin kaçmasını önlemek amacı dışında ve bu amaçları gerçekleştirmek için daha hafif yöntemler yetersiz kalmadıkça başkalarına karşı silah kullanamazlar. Her durumda sadece yaşamı korumak için kesinlikle kaçınılmaz olduğunda öldürmeye yönelik silah kullanılabilir.*"

Bu bağlamda, Yargısız, Kısayoldan ya da Keyfi İnfazlara Dair Birleşmiş Milletler Özel Raportörü tarafından hazırlanan bir raporda, yukarıda alıntılanan Kolluğun Zor ve Silah Kullanmasına Dair Temel İlkeler'in 13 ve 14. ilkelerinden ne anlamamız gerektiği konusuna açıklık getirilmiştir. Özel Raportör'e göre: Kolluğun "*ölümcül güç ya da ateşli silah kullanımında rehber ilke, bir kimsenin hayatını ya da başkalarının hayatını korumaktır. Gösteriler de dahil olmak üzere, ateşli silahların kullanımına yalnızca yakın ölüm veya ağır yaralanma tehdidi olduğu durumlarda izin verilir ve bu zorunluluk ve orantılılık ilkelerine tabiidir. [...] Bir topluluğun üzerine rastgele ateş açmak ilkesel olarak yasaktır ve ancak ölüm veya ağır yaralama tehdidi oluşturan kişi ya da kişilere yönelik ateş açılabilir. Ateşli silah kullanımı yalnızca gösterinin yasalara aykırı olması ve dağıtılması ya da mülkü korumak gerektiği savıyla gerekçelendirilemez. [...] Davranış Kuralları ve Temel İlkeler açısından, kasıtlı ölümcül güç kullanımına dair norm, meşru savunma, yakalama, isyanı bastırma veya diğer durumlar dahil tüm koşullarda aynıdır ve bu da hayatı korumaktır*".[236]

Toplanma hakkı, uluslararası hukuk tarafından öngörülen olağanüstü hallerde, bazı kısıtlamalara tabi olsa da bu koşullar, yaşam hakkının mutlak niteliği nedeniyle keyfi ölümcül güç ya da ateşli silahların kullanımını düzenleyen ilkelerin göz ardı edilmesine hiçbir şekilde izin vermez.[237]

Öte yandan Özel Raportör'ün Türkiye bağlamında toplumsal gösterilerde zor ve ölümcül güç kullanımına ilişkin 2012 yılında Türkiye ziyaretiyle ilgili raporu dikkat çekicidir. Özel Raportör'e göre: "*Sözde "öldürücü olmayan" biber gazı spreyi ya da göz yaşartıcı gaz gibi silahların da ölüme sebebiyet vermeleri halinde ölümcül güç kullanımın bir örneğini teşkil edecek olduğu da vurgulanmalıdır. Bunların yasadışı kullanımı da diğer silah örneklerinde olduğu gibi orantılılık ve gereklilik ilkeleri çerçevesinde düzenlenmelidir. [...] Bu silahların kullanım amacının*

235 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 25 Kasım 2006 tarihli *Miguel Castro-Castro Hapishanesi v. Peru kararı*, Seri C No. 160, § 234.

236 Yargısız, Kısayoldan ya da Keyfi İnfazlar Özel Raportörü Christof Heyns'in 23 Mayıs 2011 tarihli Raporu, Un Doc. A/HRC/17/28, §§ 60-62.

237 İbid., § 70.

yaşamı korumaktan daha çok kamu düzenini sağlamak olduğu düşünüldüğünde; söz konusu vakalar hukuka aykırı ölümlere örnek olarak gösterilebilir niteliktedir."[238]

II.3.b.iii. Kısa yoldan infaz

"*Kısayoldan infaz*", uluslararası hukuk kapsamında düzenlenmiş adil yargılama standartlarına uygun görülmeyen ve/veya adil yargılama güvencelerin bulunmadığı bir "dava" sonucu veya "en ciddi" suçlar arasında değerlendirilmeyen suçlar için ya da siyasi veya ilgili suçlar bakımından veya ölüm cezasına çarptırılmaması gereken kimselere ölüm cezasının uygulandığı durumlar olarak tanımlamaktadır.

II.3.c. Zorla ve İrade Dışı Kaybetmeler

Ağır insan hakları ihlalleri arasında en kapsamlı ve kendine özgü olanı zorla ve irade dışı kaybetme olarak adlandırılan ihlal biçimidir. Mağdurları sonsuz acı ve ıstıraba sürüklerken, onların yakınları bakımından son derece yıkıcı sonuçları olurken bu ihlalin yaşandığı toplumlarda da ciddi ahlaki tahribata yol açmaktadır. Dolayısıyla zorla kaybetme en ağır insan hakları ihlallerinden biri olup "*insanın doğuştan sahip olduğu onuruna yönelen ağır ve iğrenç bir suçtur*."[239] Bu anlamıyla zorla kaybetme eylemi, *Birleşmiş Milletler Şartı*'nda belirtilen amaçların yadsınması ile *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*'nde ilan edilen ve bu alandaki uluslararası belgelerde teyit edilen ve geliştirilen insan haklarını ve temel özgürlüklerin vahim ve açık bir surette ihlali[240] anlamına gelir.

Yetki alanındaki bir kimsenin zorla kaybedilmesi, Devletin hukukun üstünlüğüne ve temel anayasal değerlere bağlılığı konusundaki taahhütlerinin de açık ve ağır bir ihlali anlamına gelecektir. Dolayısıyla zorla kaybetme eylemi salt bu eyleme maruz kalan kimseleri hukukun korumasından yoksun bırakmaz; aynı zamanda Devletlerin bu eyleme başvuran ya da başvuranlara göz yuman ya da görmezden gelen ilgili birim, kurum veya kuruluşlarını da birer suç işleyen yapılar haline getirir.

Devletlerin anayasalarında ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde güvence altına alınmış "temel haklar ve anayasal değerlere kişilerin zorla kaybedilmesinden daha fazla zarar verebilecek bir davranış bulmak mümkün değildir. Yalnızca mağdurun değil ailesinin de insan onuru, bireysel özerklik, kişinin fiziksel bütünlüğü ve kişiliğinin özgürce gelişimi de dahil olmak üzere hukuki menfaatlerini etkilemektedir."[241]

II.3.c.i. Zorla ve irade dışı kaybetmenin tanımı

Yukarıdaki genel belirlemeleri geliştirerek zorla kaybetme eyleminin hukuken kabuledilebilir bir tanımına girişmeden önce, ağır bir insan hakları ihlali olarak zorla kaybetmenin,

238 Yargısız, Kısayoldan ya da Keyfi İnfazlar Özel Raportörü Christof Heyns'in 18 Mart 2013 tarihli Raporu, Un Doc. A/HRC/23/47/Add.2, § 19.

239 Bkz., *Zorla Kaybetmelere Dair Amerikalılar Arası Sözleşmesi*'nin Başlangıç kısmının üçüncü paragrafı ile *Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri*'nin 1. maddesinin 1. fıkrası.

240 Bkz., *Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri*'nin 1. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi. Bu anlamda zorla kaybetmelerle ilgili ilk kararını aldığı 1978'den itibaren, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, zorla kaybetme uygulamasını, birden fazla insan hakkının ağır biçimde ihlal edilmesi olarak tanımlamıştır. Genel Kurul, 1990'lardan bu yana, "bütün zorla kaybetme uygulamalarının, insan onuruna karşı saldırı olduğunu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde belirtilen ve bu alandaki diğer uluslararası belgelerde teyit edilip geliştirilen insan hakları ve temel özgürlüklerin ağır bir biçimde ve pervasızca ihlal edilmesi" anlamına geldiğini yinelemiştir. Bkz., Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 23 Aralık 1994 tarih, 49/19 sayılı kararı, §§ 1 ve 2.

241 Bkz., Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin 20 Mayıs 2003 gün ve C-400/03 sayılı karar, Exp. D-4326, 10. maddeye ilişkin anayasaya aykırılık davası, §§ 1 ve 2.

–yaygın ve sistematik bir şekilde uygulanması halinde–[242] uluslararası ceza hukuku ve insan hakları hukuku uyarınca insanlığa karşı suçlardan biri sayıldığının vurgulanması önem taşıyor.[243] Dolayısıyla zorla kaybetme eyleminin tanımlanmasına yönelik ihtiyaç, bu olgu ile mücadelede yakıcı bir şekilde kendisini hissettirdiği 1980'li yıllardan başlayarak tanım konusunu gündemde tutmuştur.

Bugün gelinen noktada, farklı uluslararası hukuk belgeleri, uluslararası içtihatlar ve öğreti, zorla kaybetmenin tanımı ve unsurları konusunda artık ortaklaşmaktadır. Hem suç hem de ciddi bir insan hakkı ihlali olarak kabul edilen zorla kaybetme, iki davranışın bir arada bulunduğu karmaşık bir suçtur:

- Devlet adına görev yapan ya da devletin yetkilendirmesi, desteği veya bilgisi dahilinde hareket eden kişiler tarafından mağdurun özgürlüğünden yoksun bırakılması;
- Mağdurun kamu makamlarınca özgürlüğünden yoksun bırakıldığının kabul edilmemesi veya akıbeti ya da nerede olduğunun gizlenmesi.

Birleşmiş Milletler *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu* (Zorla Kaybetmeler Çalışma Grubu), zorla kaybetme vakasını ayırt eden ve zorla kaybetme suçunun tanımında yer verilmesi gereken unsurları aşağıdaki gibi tespit etmiştir:

a) İlgili kişinin iradesi dışında özgürlüğünden mahrum bırakılması;

b) Devlet yetkililerinin, göz yumma şeklinde dolaylı olarak bile olsa, alıkoyma eylemine dahil olmaları;

c) Kaybedilen kişinin akıbeti ve nerede olduğu ile ilgili bilginin gizlenmesi.[244]

Aynı şekilde, Zorla Kaybetmeler Çalışma Grubu'na göre, "*zorla kaybetme suçu, mağdurun iradesi dışında tutuklanması, alıkonulması veya kaçırılması ile başlar. Buna göre zorla kaybetme, hukukdışı bir alıkonma ya da başlangıçta hukuki olan bir tutma ya da gözaltı işlemi ile başlayabilir. Yani bir mağdur, her ne şekilde olursa olsun, özgürlüğünden yoksun bırakıldığı anda zorla kaybedilmeye karşı korumaya alınmalıdır; bu koruma yalnızca özgürlüğünden yasa dışı şekilde mahrum bırakıldığı durumlarla sınırlandırılmamalıdır*."[245]

Zorla kaybetme olgusunun bir tanımı değil, ama temel unsurları ilk olarak 1992 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen *Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunmasına Dair Bildiri*'nin 1. maddesinin 2. fıkrasında ortaya konmuştur. Buna göre:

> *«Her hangi bir zorla kaybetme eylemi, buna maruz kalan kişileri hukuk koruması dışında bırakır ve bu kişilerin ve ailelerinin ağır ıstıraplar çekmelerine yol açar. Bu eylem, bir kimsenin hukuk önünde bir kişi olarak tanınma hakkını, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ve kişinin işkence ve diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalmama hakkını güvence altına alan uluslararası hukuk kurallarını ihlal eder. Bu fiil ayrıca, yaşama hakkına karşı ağır bir tehlike ve bir ihlal oluşturur.»*

242 Bkz., *Herkesin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin* 5. maddesi; ayrıca karşılaştırmak için bkz., *Kişilerin Zorla Kaybedilmelerine Dair Amerikalılar Arası Sözleşmesi*'nin Başlangıç kısmının 6. paragrafı;

243 Bkz., *Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunmasına Dair Bildiri*'nin 1. maddesinin 1. fıkrası.

244 *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu*'nun "15 Ocak 1996 tarihli "*Herkesin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Bildiri ile ilgili Genel Yorumlar*", UN Doc. E/CN. 4/1996/38, § 55.

245 *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu*'nun, 10 Ocak 2008 tarihli "*Zorla Kaybetmenin Tanımı ile ilgili Genel Yorum*", UN Doc. A/HRC/7/2 2007, § 7.

Bildirinin 1. maddesinin 2. fıkrasında sayılan bu unsurların 1996 yılında kabul edilen Roma Statüsü'nün 7. maddesinin 2. fıkrasının (i) bendinde "*zorla kaybetme*" eyleminin tanımında yansımalarını bulmak mümkündür.[246] Buna göre:

> *«"Zorla kaybetme", kişilerin bir Devlet ya da bir siyasal örgüt tarafından ya da onların onayı, desteği ya da bilgisi dahilinde yakalanması, gözaltına alınması ya da kaçırılmasını müteakip uzun bir süre üzerlerindeki hukuki korumanın kaldırılması niyetiyle özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları ya da akıbetleri ya da bu kimselerin nerede bulunduklarına dair bilgi verilmesinin reddi anlamına gelir.»*

Roma Statüsü'nde öngörülen bu tanım, suça konu eylemin kaybetme eyleminin uzun süre tutması ve mağdur üzerindeki hukuki korumanın kaldırılması niyetiyle yapılması şeklinde formüle edilen süre ve özel kast koşullarına bağlanması şiddetli itiraz ve tartışmalara neden olmuştur.

Bu tartışmalara noktayı 12 Ocak 2007 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilip, 2010 yılında yürürlüğe giren *Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*si'nin (*Zorla Kaybetmelere Karşı Sözleşme*) 2. maddesindeki tanım koymuştur:

> «Bu Sözleşme'nin amaçları açısından "zorla kaybedilme" terimi, kişilerin, Devlet adına görev yapan veya Devletin yetkilendirmesi, desteği ve bilgisiyle hareket eden kişiler veya gruplar tarafından yakalanması, gözaltına alınması, kaçırılması veya başka herhangi bir biçimde özgürlüklerinden yoksun bırakılması; ardından bu kimselerin kendi eylemlerini reddetmeleri veya kaybedilen kimsenin nerede ve ne durumda olduğunu gizlemeleri ve sonuçta kayıp kimsenin hukukun koruması dışında bırakılması durumunu anlatmak amacıyla kullanılır.»

Görülebileceği üzere Roma Statüsü'nün 7. maddesinde getirilen tanımın iki ayırıcı unsuru ile diğer tanımlardan ayrılmaktadır. Bunlardan ilki Roma Statüsü'nün tanıma "*hukuki korumanın kaldırılması niyetiyle*" deyimiyle özel kast (*dolus specialis*) getirmiş olmasıdır. İkinci unsur ise tanıma "*uzun bir süre*" deyimi ile zaman koşulu getirilmiş olmasıdır.

Zorla Kaybetmelere Karşı Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında, "*hukukun koruması dışında bırakma*" ifadesinin tartışma konusu olduğunu belirtmek gerekir. Buradaki tartışma özünü hukuki koruma dışında bırakılma unsurunun zorla kaybedilme eyleminin bir sonucu mu yoksa tanıma içkin olarak mı değerlendirilmesi gerektiği" sorusu oluşturmuştur. *Roma Statüsü*'nde yer alan "*hukuki korumanın kaldırılması*" kastının özel olarak aranmasının gerektiğine dair ifade kabul edilmemiştir. Bazı devlet delegasyonları, *Roma Statüsü*'nün 7. maddesinin 2. fıkrasının (i) bendinde olduğu gibi *hukukun koruması dışında bırakma* deyiminin özel kast unsuru eklenerek ele alınmasının *Zorla Kaybetmelere Dair Bildiri*'de yapılan zorla kaybetme suçunun asli unsurları ile ilgili olarak gelişmekte olan uluslararası öğreti ve içtihada uygun olmadığını belirtmişlerdir.

Roma Statüsü'nün öngördüğü tanım, zorla kaybetme suçun tanımını karmaşıklaştırmakta, yanı sıra mağdurun üzerine kanıt yükümlülüğü getirmektedir. Sadece genel kastı kanıtlamak değil, aynı zamanda suçun faillerinin mağduru hukukun koruması dışında bırakmaya ilişkin özel kasıt ile hareket ettiğini kanıtlama yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Bu da uygulamada mağdurları büyük bir zorlukla karşı karşıya bırakmaktadır.

---

246 *Roma Statüsü'*nün zorla kaybetme eylemini kendi yargı yetkisi bakımından, zorla kaybetmeyi "*sivil halka yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının*" bir parçası olması durumunda insanlığa karşı suç olarak kabul ettiği unutulmamalıdır.

Bu nedenle, Zorla Kaybetmelere Karşı Sözleşme'nin hazırlık aşamasında tanıma özel kast unsuru dahil edilmesiyle birlikte suçun işlendiğinin kanıtlanmasının daha da zorlaşacağını ve "*ulusal ceza hukukunda her durumda genel kastın (dolus generalis) her zaman öngörüldüğünü [...], ek bir kasıt unsuru (dolus specialis) düşünülmemesi gerektiği*" itirazında bulunulmuştur.[247] Dolayısıyla, Sözleşme'nin hazırlanması sırasında, kişilerin zorla veya irade dışı kaybedilmeden korunmasına yönelik cezai hususlar ve insan hakları bağlamında mevcut uluslararası çerçeveyi incelemekle görevli bağımsız uzman *Manfred Nowak*, içtihat ve uluslararası metinler ışığında, zorla kaybetme fiilinin asgari düzeyde:

a) kişinin iradesi dışında özgürlüğünden yoksun bırakılması;

b) devlet yetkililerinin en azından dolaylı şekilde göz yumarak dahil olması;

c) kişinin alıkonduğunun kabul edilmemesi ve akıbeti ve nerede olduğuyla ilgili bilgi verilmemesi

unsurlarını içerdiğini belirtmiştir.[248]

Nihai olarak kabul edilen metinde, Zorla Kaybetmelere Karşı Sözleşme'nin 2. maddesi, kişinin hukukun koruması dışında bırakılması konusunu tanımın bir unsuru olarak mı yoksa zorla kaybetmenin doğal bir sonucu mu olduğuna dair tartışma sonuçlandırılamamıştır. Dolayısıyla, Sözleşme'yi hazırlayan Çalışma Grubu, 2. maddenin lafzının "*kanun koyuculara kişinin hukukun koruması dışında bırakılmasını tanımın içkin bir parçası olup olmadığını yorumlama seçeneği*" vererek "*yapıcı bir muğlaklık*" oluşturduğunu belirtmiştir.[249]

Sonrasında, Zorla Kaybetmelere Karşı Sözleşme ile oluşturulan *Zorla Kaybetmeler Komitesi*, "*bir kimsenin hukukun koruması dışında bırakılmasının*" zorla kaybetme suçunun işlenmesinin unsuru değil, onun bir sonucu olarak değerlendirilmesi gerektiği tespitinde bulunmuştur.[250]

Roma Statüsü'ndeki zorla kaybetme tanımında yer verilen zamansal unsur ile ilgili olarak belirtilen "*uzun bir süre*" deyimi de muğlak bir ifade olduğu gerekçesiyle eleştiri konusu olmuştur. "*Uzun bir süre*" kavramı, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasından yargı veya başka bir yetkili merciine ulaşana kadar geçmesi gereken süre ile ilişkili olarak düşünülmelidir. Bu sürenin asgari neye karşılık geldiği konusunda uluslararası insan hakları hukukunda net bir ölçüt ortaya konulabilmiş değildir. Ancak çok kısa bir süre de olsa, kişinin kamu otoritelerince tutulduğunun resmen inkar edildiği dönem çok kısa bir süre olsa bile kişinin zorla kaybetme eylemine tabi tutulduğunun en azından buna teşebbüs edildiğine yönelik bir iddianın mümkün olduğu söylenebilir. Bu inkarın süresi uzadıkça zorla kaybetme eyleminin tamamlandığına şüphe yoktur.

247 Bkz., Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance, UN Doc. E/CN.4/2005/66, 10 March 2005, para. 25.

248 Report submitted by Mr. Manfred Nowak, independent expert charged with examining the existing international criminal and human rights framework for the protection of persons from enforced or involuntary disappearances, UN Doc. E/CN.4/2002/71, 8 January 2002, para. 70.

249 Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance), UN Doc. E/CN.4/2006/57, 2 February 2006, § 93.

250 Zorla Kaybetmeler Komisyonu'nun 24 Eylül 2014 tarihli Sözleşme'nin 29. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Paraguay tarafından sunulan rapora dair Sonuç Gözlemleri, UN Dock. CED/C/PRY/CO/1, §. 14.

II.3.c.ii. Zorla kaybetmenin çoklu ihlale neden olan bütüncül bir suç oluşuna bağlanan sonuçlar

Ayrıca zorla kaybetme eylemi, herhangi bir bireye karşı işlendiğinde ortaya birden fazla temel insan hak ve özgürlüğünün ihlal edilmesi durumu ya da tehlikesi ortaya çıkar. Bu özelliği zorla kaybetme eylemini, *sui generis* bir yapıya büründürür[251] ve diğer bütün ağır insan hakları ihlallerinden ayırır.

Değişik uluslararası insan hakları organları zorla kaybetmenin bu çoklu ihlal üreten doğasına dikkat çekmiştir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'na göre, "*zorla veya irade dışı kaybetmeler, Sözleşme'de güvence altına alınan birden fazla hakkın çoklu ve sürekli ihlali anlamına gelir; çünkü bu uygulama yalnızca kişiyi özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakmamakta, aynı zamanda alıkonan kimsenin insanca muamele görme hakkını, güvenliğini ve yaşamını da tehlikeye atmaktadır.*"[252]

Bu organların içtihatlarındaki tespitler dikkate alındığında, sınırlı sayıda olmamak üzere, zorla kaybetme sonucunda aşağıdaki insan hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi ihtimal dahilindedir:

- Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı;
- Bağımsız bir mahkeme önünde adil yargılanma hakkı;
- İşkence ve kötü muamele görmeme hakkı;
- Kişinin yaşamından keyfi olarak mahrum bırakılmama hakkı;
- Özel ve aile hayatına saygı hakkı;
- Yasa önünde kişi olarak tanınma hakkı;
- Etkili başvuru yolu hakkı.

Zorla kaybetme eyleminin sonucunda birden fazla hakkın ihlal edilmesi söz konusuysa da "[...] zorla kaybetme kendine özgü ve bütünlüklü bir eylemdir; birden fazla fiilin bir bileşimi değildir."[253]

Zorla kaybetmenin kendine özgü ve bütünlüklü bir eylem olduğu gerçeği, onun çoklu ihlal yaratan doğasını göz ardı etmeyi gerektirmez. Bu durum, özellikle zorla kaybetmenin kendi başına bir hak olarak tanımlanmadığı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ya da Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi gibi uluslararası insan hakları yargı organlarına başvuru söz konusu olduğunda özellikle önem kazanmaktadır.

Bu bağlamda özellikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının zorla kaybetmeler bakımından taşıdığı önemin ve bu eyleme özgü özelliklerinin altı çizilmelidir. Zorla kaybetme eyleminin temelini, bu suçun mağdurunun *herhangi bir kayıt altına alınmaksızın kamu otoriteleri* tarafından ya da *onların göz yummasıyla özgürlüğünden mahrum bırakılması* oluşturur. Burada tanımlanan keyfi tutmadan mağdurun tutulması bakımından en azından başlangıcında kamu otoritelerinin sahip olması gereken makul suç şüphesinin var olmaması anlaşılma-

251 Bkz., Hülya Dinçer: "*Kayıpları Görünür Kılmak: Birleşmiş Milletler Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme*", Suç ve Ceza Dergisi, Yıl.2011, Sayı.3, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul-Aralık 2011, s. 10.

252 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun 31 Ocak 2006 tarihli karar, *Pueblo Bello Katliamı v. Kolombiya* Davası, Seri C No. 140, § 97(c).

253 Bkz., Birleşmiş Milletler Zorla Kaybetmeler Çalışma Grubu'nun 26 Ocak 2011 tarihli "*Mütemadi Suç Olarak Zorla Kaybedilmeye ilişkin Genel Yorumu*", UN Doc. A/HRC/16/48, § 39.

malıdır. Kamu otoriteleri böylesi bir makul şüpheye sahip olabilirler. Zorla kaybetme eylemi bakımından ayırt edici olan, suç işlediğine dair makul bir şüphe olmasına rağmen, kişinin gözaltına alındığına ya da tutulduğuna dair herhangi bir resmi kayda alınmaksızın özgürlüğünden mahrum bırakılmasıdır.

Öte yandan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi ile aynı maddenin 3. fıkrası tutma ile tutmanın hukukiliği hakkında karar verebilecek yetkili bir makam önüne çıkarılma süresinin "**derhal**" olması gerektiğini söylemektedir. Dolayısıyla insan hakları sözleşmelerinde ilk tutma ile bir yargıç karşısına çıkarılma anına kadar olan ve adına gözaltı süresi dediğimiz sabit bir azami süre belirtilmemiş, bunun yerine devlete salıverilmemiş olan şüpheliyi '*derhal'* yargıç önüne çıkarma yükümlülüğü yüklenmiştir. Oldukça muğlak bir süre olan "derhal" kavramının nasıl anlaşılması gerektiği uluslararası yargı yerlerinin içtihatlarıyla yorumlanmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin verdiği kararlarda 'derhal' sözcüğü yorumlanmış, bir başka deyişle, azami gözaltında tutma süresinin ne kadar olduğu ortaya konmuştur. Sözleşme'ye göre gözaltı süresi sadece olağan hal ve olağanüstü hâl bakımından farklı olabilmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 1996 yılında verdiği *Aksoy v. Türkiye* kararında, olağanüstü hal kapsamında başvurucunun herhangi bir koruyucu sağlanmaksızın 15 gün *incommunicado* gözaltında tutulmuş olmasını ihlal olarak değerlendirilmiştir. [254] Yine olağanüstü hal sürecinde tutma ile ilgili bir başka başvuruya ilişkin 2003 yılında verdiği *Nuray Şen v. Türkiye* kararında, Mahkeme başvurucunun 11 gün gözaltında tutulmuş olmasını da ihlal olarak değerlendirmiştir.[255]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Fedotov v. Rusya* kararında, başvurucu hakkında çıkarılmış olan yakalama kararının daha sonra kaldırıldığını, bununla birlikte polisin arama kayıtlarında adı yer almaya devam ettiği için iki ayrı tarihte gözaltına alınıp tutulduğunu, durum anlaşılınca salıverildiğini; buna karşın yetkililerin başvurucuyu gözaltında tuttuklarına dair bir belge düzenlemediklerini tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre bu olay kendiliğinden çok ağır bir eksiklik olarak görülmelidir. Bir kimsenin gözaltında tutulduğunun inkâr edilmesi Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan temel öneme sahip güvencelerin tamamen inkarı anlamına gelir. Bu durum ayrıca tutmanın hukukiliği şartına da aykırıdır.[256]

Özgürlükten yoksun bırakma kaydı varsa, bu kayıt '*gerçeğe uygun veriler*' içermelidir. Kayıttaki bazı bilgilerin gerçeği yansıtmaması, kaydın güvenilirliğini şüpheye düşüreceğinden, kayıtsız bir özgürlükten yoksun bırakma durumu ortaya çıkabilir. Kayıttaki gerçeğe aykırılık, özellikle '*süre yönünden*' söz konusu olabilir. Bir özgürlükten yoksun bırakma daha erken bir tarihte başladığı halde, kayıtta daha sonraki bir tarih veya saat gösteriliyorsa, kayıtta gösterilmeyen dönem, kayıtsız bir özgürlükten yoksun bırakma dönemidir. Yine bir özgürlükten yoksun bırakma aslında daha geç bir tarihte veya saatte sona erdiği halde, kayıtta daha erken bir tarih veya saat gösteriliyorsa, yine kayıtta gösterilmeyen dönem, kayıtsız bir özgürlükten yoksun bırakma dönemidir.

Her iki durumda da kayıtta gösterilmeyen dönemler, fiili bir tutma, Mahkeme'nin deyişiyle keyfi bir tutma oluşturur. Örneğin, idari makamlar tarafından yasal gözaltı sürelerine uygun davranıldığını göstermek için tutulan kayıtların gerçeğe aykırılığının sonradan ortaya çıkması halinde, söz konusu *fiili* (de facto) tutma dönemi, *basit bir yasal süre aşımı olarak* görülemez.

254 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Aksoy v. Türkiye* kararı, §§ 76-84

255 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 17 Haziran 2003 tarihli *Nuray Şen v. Türkiye* kararı, [41478/98], § 24.

256 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 25 Ekim 2005 tarihli *Fedotov v. Rusya* kararı, [5140/02], § 78.

MODÜL III

DEVLETİN GENEL YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE CEZASIZLIK

HAZIRLIK SORULARI

- Devletlerin uluslararası insan hakları antlaşmalarının tarafı olması ile ne tür genel yükümlülükler altına girerler?
- Ahde vefa ne demektir? Bu kavramın ağır insan hakları ihlalleri bakımından sonuçları nelerdir?
- Devletlerin negatif ve pozitif yükümlülükleri ile genel yükümlülükleri arasındaki ilişki nedir?

MODÜL III:

Devletin Genel Yükümlülükleri ve Cezasızlık

III.1. Genel yaklaşım ve ilkeler

Cezasızlıkla Mücadelede Eylem Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesi için İlkeler Demeti'nde (Cezasızlığa Karşı İlkeler) cezasızlık, Devletlerin, ağır insan hakları ihlali faillerini soruşturma, yargılama ve cezalandırma; mağdurların etkili başvuru yolu, giderim ve hakikati bilme haklarını güvence altına alma; faillere ilişkin uygun tedbirleri alma ve bu ihlallerin tekrarlamasını önleyecek şekilde davranma yükümlülüklerinin ihlali olarak tanımlanmıştır.[257]

Bu tanım zorunlu olarak cezasızlık sorununu, Devletlerin uluslararası insan haklarına ilişkin genel yükümlülüğüne bağlamaktadır. Uluslararası insan hakları hukuku Devletlere üç tür sorumluluk yüklemektedir. Bunlar:

- insan haklarına saygılı olma;
- bu hakları koruma/önleme,
- gerçekleştirme/güvence altına alma sorumluluğudur.[258]

İlk yükümlülük doğrudan Devletin, gerekli tedbirleri alarak bireylerin bu haklardan yararlanmasını güvence altına almanın yanında eylemleri ya da ihmalleriyle bu hakları ihlal etmekten kaçınma görevinden kaynaklanmaktadır. İkinci yükümlülük ise insan hakları ihlallerini önleme, gerçekleşmesi halinde bunların faillerini soruşturma, yargılama ve cezalandırma ve soruşturma; yargılama ve cezalandırma sorumluluğunun tamamlayıcısı ve sonucu olarak da kamu görevlilerinin neden oldukları zararları giderme görevine de göndermede bulunur. Üçüncü ve son yükümlülük ise bireylerin haklarının daha geniş bir perspektifte gerçekleştirilebilmesi için Devletin sivil toplumla birlikte işbirliği yaparak aktif olarak katılması gereken tedbirlere göndermede bulunur.

III.2. Saygı yükümlülüğü

İnsan haklarına saygı yükümlülüğü hukuki gerekçesini hem uluslararası *gelenek hukuku*nda hem de sözleşme temelli uluslararası hukukta bulmaktadır. Bu yükümlülüğün İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki karşılığı 1. maddesinde öngörülen genel yükümlülüktür. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 2. maddesinde saygı yükümlülüğü çok daha kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin 2. maddesinde öngörülen *Taraf Devletlerin Genel Yükümlülüklerine* ilişkin *31 Nolu Genel Yorumu*'nda saygı yükümlülüğünün –ister hukuki isterse fiili olsun– salt devlet görevlilerine atfedilebilir ihlallerle sınırlı olmadığı vurgulanmıştır. Komite'ye göre, bu yükümlülük, "*devlet görevlilerinin yanında, özel kişiler ya da tüzel kişilere uygulanabilir olduğu ölçüde, Sözleşme'deki haklardan yararlanmaya engel olan özel kişi ya da kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen eylemler*" bakımından da mevcuttur.[259]

257 Bkz., Cezasızlığa Karşı İlkeler Demeti, madde 1.

258 Bkz., Kerem Altıparmak: "Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı", İHOP Ankara, sf.1.

259 Bkz., BM İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Mart 2004 tarihli, "Sözleşmeye Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin Niteliği"ne dair 31 Nolu Genel Yorumu, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 8; ayrıca karşılaştır, MSHUS, md. 2(3)(a).

Başka bir ifadeyle insan haklarına saygı yükümlülüğü, salt devletlerle sınırlı kalabilecek bir yükümlülük değildir. Bu anlamıyla pozitif bir yükümlülüğün üstlenicisi olarak devlet, üçüncü kişilerin de temel hak ve özgürlüklere saygılı bir tutum içinde olması için gerekli tedbirleri almak zorundadır.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de saygı yükümlülüğünü öngören İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin 1. maddesine atıfta bulunduğu bir kararında, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklere saygı yükümlülüğünün zorunlu olarak "*Devlet erkinin kullanımının sınırlanması kavramına*" dahil olduğuna vurgu yapmıştır.[260]

Saygı yükümlülüğü bir yönüyle Devletin yargı yetkisi altındaki bireylerin haklarını ihlal etmekten kaçınma, hareketsiz kalma zorunluluğu anlamında *negatif yükümlülük* olarak da adlandırılır.

III.3. Koruma ve önleme yükümlülüğü

Koruma ve önleme şeklinde ifade edilen bu yükümlülük, Devletin saygı gösterme/negatif yükümlülüğünü yerine getirmenin o haktan bireyin etkili bir şekilde yararlanabilmesi için yeterli olmadığı; ayrıca o hakka ilişkin herhangi bir ihlal gerçekleştiğinde bunun sonuçlarını mümkün mertebe ortadan kaldıracak tedbirleri alma yönünde daha aktif tutum takınmasını gerektirir. Koruma ve önleme yükümlülüğünün bir yönü her bir hak ihlaline yönelik olarak o hakkın niteliğine göre etkili başvuru yolu ya da bunun ağır insan hakları ihlalleri bakımından bir bileşeni olan etkili soruşturma, yargılama ve cezalandırma konusunda etkili tedbirleri alma şeklinde bir usul yükümlülüğü doğurur.

Koruma ve önleme yükümlülüğü, devletler bakımından gerçekleşen bir ihlal sonrası o ihlalin sonuçlarının giderilmesine ilişkin olduğu kadar gelecekte benzer ihlallerin yinelenmesini önlemeye yönelik bir yükümlülüktür. Bu anlamıyla, proaktif bir yönü söz konusudur ve daha özel olarak pozitif yükümlülüklere girer. Yine dar anlamıyla ağır insan hakları ihlalleri gerçekleştiğinde bu ihlalin gereği gibi soruşturulmaması pozitif yükümlülüğün ihlali anlamına gelirken eylemin şüphelisinin kamu görevlisi olma ihtimali karşısında failin kimliğinin tespitini imkânsız kıldığı için negatif yükümlülüğü de ilgilendirir.[261]

Cezasızlıkla mücadele bağlamında, ağır insan hakları ihlallerinin soruşturma, yargılama ve cezalandırılması yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesi, salt geçmişte gerçekleşmiş bir ihlalin tespiti ve gideriminin sağlanması bakımından önem taşımaz; aynı zamanda failin tespiti ve cezalandırılmasını sağlayacak yeterlilikteki bir soruşturmanın gelecekte benzer suçların işlenmesini engelleyici etkisi dahil, mağdur(lar) için adaleti gerçekleştirme ve hukukun üstünlüğünün sağlanması ve halkın adalete güvenini tesis etmek gibi geleceğe yönelik sonuçları da söz konusudur.[262]

Sonuç olarak bu yaklaşım Devleti, insan haklarının hukuki garantörü konumuna yerleştirir. Bu anlayışa dayalı olarak inşa edilen içtihatlar ve öğreti de bu garantörlük pozisyonunu destekler. Bu destek aynı zamanda cezasızlıkla mücadele bakımından mağdurların eline çok önemli bir araç da vermektedir: ihlale karşı etkili bir ceza soruşturması yapma yüküm-

260 Bkz., Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 16 Kasım 2009 tarihli *González ve Diğerleri ("Campo Algodonero") v. Meksika kararı*, Series C No. 205, § 235.

261 İbid., sf.2.

262 Avrupa Konseyi'nin, Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığı Ortadan Kaldırmaya İlişkin Kılavuz İlkeleri, Başlangıç kısmı: ... "Mağdurlar bakımından bir adalet meselesi olarak, yeni ihlallerin önlenmesi için bir caydırıcı olarak, hukukun üstünlüğünü ve halkın adalet sistemine olan güvenini korumak için cezasızlıkla mücadele edilmelidir".

lülüğü. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, işkence ve kötü muamele şikayetlerini incelediği *Labita v. İtalya* kararında soruşturma yükümlülüğünün altında yatan mantığı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesinde öngörülen Devletlerin Sözleşme'de öngörülen hakları güvence altına alma şeklinde formüle edilen genel yükümlülüğüne dayandırmıştır. Mahkeme'ye göre:

> «*Mahkeme bir kimsenin, polisin veya devletin benzer görevlilerin elinde Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muameleye uğradığına dair inanılır bir iddia ileri sürmesi halinde, Sözleşme'nin 3. maddesi,* "Sözleşme'de ... tanımlanan hak ve özgürlükleri egemenliği altında bulunan herkes için güvence altına alır" *diyen Sözleşme'nin 1. maddesiyle birlikte okunduğunda, etkili bir resmi soruşturma yapılmasını zımnen gerektirir. Sözleşme'nin 2. maddesiyle ilgili bir soruşturma gibi, bu tür bir soruşturmanın da sorumluların belirlenmesine ve cezalandırılmasına yol açacak yeteneğe sahip olması gerekir. Aksi taktirde işkence, insanlıkdışı ve onur kırıcı muamele konusundaki genel hukuki yasak, temel bir öneme sahip olmasına rağmen uygulamada etkisiz kalır ve bazı durumlarda devlet görevlilerinin, ellerinde tuttukları kişilerin haklarını fiili bir cezasızlıkla ihlal etmeleri mümkün olur.*»[263] (alt çizgi eklenmiştir)

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, aynı yükümlülüğü yaşam hakkı bağlamında *McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararında teyit etmiştir:

> *"[Mahkeme] Devlet görevlilerinin öldürmeye yönelik güç kullanımlarının hukuka uygunluğunun denetimi bakımından hiçbir usul bulunmaması halinde, keyfi öldürmelerinin genel olarak hukuken yasaklanmasının etkisiz kalacağını kaydetmekle yetinmektedir. Sözleşme'nin 2. maddesine göre yaşamı koruma yükümlülüğü, Sözleşme'nin 1. maddesindeki "Sözleşme (de) tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alma" görevi ile bağlantılı olarak okunduğunda, bir kimsenin Devlet görevlileri tarafından güç kullanılması sonucu öldürülmesi, şu veya bu biçimde etkili bir resmi soruşturma yapılmasını zımnen gerektirir."*[264]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ise aynı konuyu daha kapsamlı bir şekilde ifade ederek mevzuatı uyumlaştırmak, mağdurlara ve ailelerine giderim sağlamak gibi tedbirleri de kapsayacak şekilde yorumlamaktadır. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre:

> «Devletlerin saygı gösterme ve güvence altına alma görevleri, Devletlerin bireyin temel hak ve özgürlükleri karşısında kendi erkleri ve hatta egemenliklerini bile sınırlama konusundaki uluslararası taahhütlerini oluşturduğu için uluslararası koruma sisteminin temel taşını oluşturur. Saygı gösterme görevi, Devletlerin bu tür amaçlara uygun yasal, siyasal ve kurumsal bir sistem aracılığıyla Sözleşme'de yer alan tüm hakların etkinliğini sağlamasını gerektirir. Güvence altına alma görevi, başlı başına Devletlerin, belirli hukuki koruma araçlarını, ihlalleri önlemek veya söz konusu hakları yeniden oluşturarak, iktidarın istismar edilmesi ya da yanlış kullanılması halinde mağdurlara veya ailelerine yeterli tazminat sağlayarak temel hakların etkililiğini güvence altına almasını gerektirir. Devletlerin bu yükümlülükleri, Sözleşme'de (Madde 2) belirtilen hakların kullanılmasını sağlamak için gerekli olabilecek ulusal mevzuat hükümlerini kabul etme görevi ile ilgilidir. Bu hükümlerin bir sonucu olarak, ihlalleri önleme görevi

263 Bkz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 6 Nisan 2000 tarihli *Labita v. İtalya* kararı, [26772/95], § 131.

264 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 27 Eylül 1995 tarihli *McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararı, [18984/91], § 161.

ve her ikisi de Devletlerin sorumluluğunu içeren yükümlülükler olduğundan meydana gelen herhangi bir şeyi soruşturma görevi vardır.»[265]

III.4. Güvence altına alma yükümlülüğünün kapsamı

Güvence altına alma yükümlülüğü, işte herhangi bir insan hakları sözleşmesi ile korunan bir hakkın, etkili bir şekilde kullanılabilmesi için hem negatif hem de pozitif yükümlülüklerin devreye girdiği bir koruma sistemi oluşturulması anlamına gelir.

Negatif yükümlülükte bireyle devlet karşı karşıya durur. Pozitif yükümlülük söz konusu olduğunda ise Devlet bir yönüyle hakkı ihlal edilen bireyi o ihlalin sonuçlarının giderilmesi için adli sistemin etkili çalıştırılması gibi destek mekanizmalarını devreye sokmak gibi tedbirlerle bireyi yalnız bırakmama sorumluluğu altındadır. Ancak pozitif yükümlülük böylesi bir destek mekanizmasıyla da sınırlı değildir. Engelli haklarında olduğu gibi engellilerin toplum hayatına aktif katılım gösterebilmesi için sivil toplumla daha kapsamlı bir işbirliği içinde daha kapsamlı bir destek sistemini devreye sokması da gerekir. Güvence altına alma yükümlülüğü bu anlamıyla bütüncül bir yükümlülüktür.

Dolayısıyla güvence altına alma yükümlülüğü negatif ve pozitif yükümlülüklerin içerdiği tedbirlerin bir bütün olarak devreye girmesini gerektirir. Devletlerin insan haklarına saygı gösterme ve koruma görevinin yanında bu haklardan bireylerin etkili bir şekilde yararlanabilmesinin sağlanabilmesi için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü söz konusudur. Örneğin, yaşam hakkı bakımından devletin negatif yükümlülüğü bu hakkın sahibi olan bütün bireylerin yaşamlarından keyfi ve hukuksuz olarak mahrum etmemektir. Yaşam hakkında keyfi yoksun bırakmama, güvence altına alma yükümlülüğünün sadece bir yönüdür. Öte yandan Dünya Sağlık Örgütü'nün 2018 yılı verilerine göre sanayi ve otomotiv kaynaklı hava kirliliği nedeniyle dünyada her yıl 7 milyon insan hayatını kaybetmektedir.[266] Aynı nedenle Türkiye'de de her yıl 32 bin kişinin hayatını kaybettiği tahmin edilmektedir.[267] Dolayısıyla soyut olarak bu ölümlerden devletin doğrudan bir sorumluluğunun bulunmadığı varsayılsa bile insan kaynaklı bu ölümlerin önlenebilmesi için devletin gerekli önlemleri alma yükümlülüğü tam da yaşam hakkını güvence altına alma yükümlülüğünün bir parçası durumundadır. Dolayısıyla üçüncü kişilerin yaratabileceği ihlaller bakımından devletin hareketsiz kalması bu tür ölümleri önlemek için harekete geçmemesi güvence altına alma yükümlülüğünü ihlal eder.

Bu yönüyle güvenceye alma yükümlülüğü de bir dizi insan hakları sözleşmesinde açıkça ifade edilmiştir.[268] Güvence altına alma yükümlülüğü, Devletlere uluslararası hukukta tanınan herhangi bir hakkın *ihlal edilmesini engelleme*, *soruşturma*, *cezalandırma* ve mümkünse zarar ortaya çıktığında mağdurun bu *zararının tazmin edilmesi* yükümlülüğünü kapsar. Engelleme görevi, insan haklarını korumayı teşvik edecek bütün yargısal, siyasal, idari ve kültürel tedbirlerin alınması anlamına gelir.[269]

---

265 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, 1 Mart 1996 tarihli raporu, Report No. 1/96, Case 10.559, *Chumbivilcas* (Peru).

266 https://www.dw.com/tr/y%C4%B1lda-7-milyon-ki%C5%9Fi-hava-kirlili%C4%9Fin den-%C3%B6l%C3%BCyor/a-43602207 .

267 https://yesilgazete.org/blog/2016/10/17/turkiyede-hava-kirliligi-nedeniyle-her-yil-32-bin-kisi-oluyor/ .

268 Diğerlerinin yanında bkz.: Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (2. md.); İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ve Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme (2.md.); Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (1. md.), İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi (1(1). md.); Zorla Kaybedilen Kimselere Dair Amerikan Sözleşmesi (1. md.) ve İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair İner Amerikan Sözleşmesi (1.md.).

269 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 26 Ağustos 2011 tarihli *Torres Millacura ve Otros v Arjantin* kararı, Series C No. 229, § 99.

BM İnsan Hakları Komitesi de *Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nin 2. maddesindeki genel yükümlülük konusunu incelerken, Devletlerin ağır insan hakları ihlallerini soruşturma, faillerini adalet önüne çıkarma ve bu ihlallerin faillerine giderim sağlama yükümlülüğü olduğunu hatırlatmıştır. İnsan Hakları Komitesi, ağır insan hakları ihlallerini soruşturma ya da faillerini adalet önüne çıkarmaktaki başarısızlığın kendi başına Sözleşme'nin ihlaline yol açabileceğini söylemektedir.[270]

Cezasızlık bağlamında, uluslararası mahkemeler ve insan hakları organlarının içtihatları, Devlet'in güvence altına alma görevinin altı temel yükümlülük altında toplanabileceğini göstermektedir. Bunlar:

(1). İnsan hakları ihlallerini önleme;

(2). İnsan hakları ihlallerini soruşturma;

(3). İhlallerin sorumlularını adalet önüne çıkarma ve cezalandırma;

(4). İnsan hakları ihlallerinin mağdurlarına etkili başvuru yolu sağlama;

(5). Mağdurlar ve aileleri için adil ve uygun bir giderim sağlama ve

(6). Olanlar hakkında hakikati ortaya çıkarma yükümlülükleridir.

Anılan güvence altına almayı sağlayıcı bu yükümlülükler tamamlayıcı niteliktedir ve biri diğerlerinin seçeneği değildir.

Birleşmiş Milletler Yargısız, Kısayoldan ya da Keyfi infazlar Özel Raportörü, bu nedenle, "*İnsan hakları ihlalleri mağdurlarına tazminat ödeme görevinin tanınması ve onlara fiilen tazminat verilmesi, Hükümetin insan hakları ihlallerine karşı herkesin temel hak ve özgürlüklerine saygı temelinde etkili koruma sağlama yükümlülüğünün kabul edilmesini gerektirir. [...] Tazminat verilmesi, faillerini tespit etmek ve yargılamak amacıyla insan hakları ihlali iddialarına yönelik bir soruşturma yürütme yükümlülüğüne uyulmasını gerektirir. Mağdurlara veya ailelerine bu tür soruşturmalara başlanmazdan ya da sonuçlanmazdan önce mali veya diğer tazminat sağlanması, Hükümetleri bu yükümlülükten muaf tutmaz*." tespitinde bulunmuştur.[271]

Yukarıdaki yorumdan da anlaşılacağı üzere, güvence altına alma yükümlülükleri birbirleriyle yakın bir ilişki içindedir. Örneğin, insan hakları ihlallerini soruşturulması ve saptanan faillerin cezalandırması yükümlülüğü yerine getirilmeksizin tazminat sorumluluğundan bahsetmek genellikle mümkün değildir. Bu yükümlülüklerin her biri bağımsız bir şekilde birbirine bağlı olduğundan Devletler, bunların her birine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmedikçe güvence altına alma yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmiş sayılamaz.[272]

III.5. Devletin mevzuatını ve devlet aygıtını uyumlaştırma yükümlülüğü

Hem uluslararası gelenek hukuku hem de sözleşme temelli uluslararası hukuk Devletlere iç mevzuatlarını uluslararası yükümlülükleri ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü getirmek-

270 BM İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Mart 2004 tarihli, "*Sözleşmeye Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin Niteliği*"ne dair 31 Nolu Genel Yorumu, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 8.

271 *Birleşmiş Milletler Yargısız, Kısayoldan ya da Keyfi İnfazlar Özel Raportörü*'nün raporu, UN Doc. E/CN.4/1994/7, §§ 688 ve 711.

272 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin davalı Devletin insan hakları ihlalinin failine özel af çıkarsa bile mağdur ya da ailesinin zararlarına yönelik giderim sağlama yükümlülüğünün sürdüğüne ilişkin kararı için bkz.: 27 Ağustos 1998 tarihli *Garrido ve Baigorria v. Arjantin* kararı, Series C No. 39, § 72.

tedir. Bu yükümlülük ayrıca Devletleri kendi hükümet yapılarını insan haklarına saygı gösterecek ve güvence altına alacak şekilde uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluklarına uyumlu hale getirmeleri için yeniden düzenlemekle yükümlü tutmaktadır.

Gerek *Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nin 2. maddesi olsun gerekse *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*'nin 1. maddesi, gerekse İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi olsun, bu yükümlülük hepsinde yinelenmiştir.

Birleşmiş Milletler *Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nin 2. maddesi bağlamında *İnsan Hakları Komitesi*, Devletin iç mevzuatını ve devlet yapısını uyumlaştırma yükümlülüğünün Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin kendisine ve daha özel olarak 2. maddesinin 2. fıkrasına dayalı olarak sözleşmesel bir yükümlülük olduğunu belirtmiştir.

İnsan Hakları Komitesi, Devletlerin hukuki yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri için mevzuata, yargıya, idareye, eğitime yönelik ve diğer uygun tedbirleri benimsemesi gerektiği tespitinde bulunmuştur. Komite ayrıca, bu yükümlülük nedeniyle, ağır insan hakları ihlalleri bakımından afları ve ceza sorumluluğuna muafiyet getiren üstün emrine uymanın bir savunma olarak kabul edilmesi, *zamanaşımına* tabi olması halinde makul olmayan biçimde kısa zamanaşımı sürelerinin belirlenmiş olması gibi diğer ceza muafiyeti sağlayan sebeplerin ortadan kaldırılması gerektiğini belirtmiştir.[273]

III.6. Ahde Vefa – Pacta sunt servanda ilkesi

Uluslararası hukukun evrensel olarak tanınan kurallarından biri de ahde vefa – pacta sunt servanda ilkesidir. *Ahte vefa ilkesi* Devletleri imzaladıkları sözleşmelere uymalarını ve bunu yaparken iyi niyetle davranmalarını zorunlu kılmaktadır.[274] Bu ilke uluslararası gelenek hukuku ve özellikle emredici (*jus cogens*) kurallar uyarınca ortaya çıkan yükümlülüklere evleviyetle (*a priori*) uygulanır. Uluslararası hukukun bu genel ilkesinin doğal sonucu, bir ülkenin yetkilileri uluslararası yükümlülüklerinden kurtulmak için iç hukuklarındaki herhangi bir kuralın varlığını ya da yokluğunu ileri süremezler. Bu kural ayrıca, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26 ve 27. maddelerinde düzenlenmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, pek çok kararında Taraf Devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluklarını vurgulamak için *ahde vefa ilkesine* atıfta bulunmaktadır. Bu ilkeye bağlanan sonuçlar, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre, insan hakları sözleşmelerinin bağlayıcı ve iyiniyetle uygulanmasını gerektirdiği gibi, insan hakları ihlalleri bağlamında Devletin sadece yürütme erkinin değil, diğer erkleriyle birlikte bütün kurumlarının işlemlerinden sorumlu olduğu anlamına gelmektedir.[275]

---

273 BM İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Mart 2004 tarihli, "*Sözleşmeye Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin Niteliği*"ne dair 31 Nolu Genel Yorumu, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 7 ve 8. paragraflar.

274 Bkz., Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26. maddesi.

275 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 21 Ekim 2013 tarihli *Janowiec ve Diğerleri v. Rusya* [BD] kararı, [55508/07 ve 29520/09], §211. Bu bağlamda Avrupa Mahkemesi: "*Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26. maddesinde kurallaştırılan ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi uyarınca, Sözleşmeci Taraflar açısından bağlayıcı olan ve iyi niyetle yerine getirilmesi gereken uluslararası bir antlaşma olduğunu da tekrar hatırlatmaktadır. […] Hükümetlerin Sözleşme kapsamında, her türlü Devlet kurumunun işleminden sorumlu olması Mahkeme'nin değişmez tutumunu yansıtmaktadır; zira Mahkeme huzurundaki tüm davalarda söz konusu olan şey Devlet'in uluslararası sorumluluğudur*.". Ayrıca bkz. 20 Mart 1997tarihli *Lukanov v. Bulgaristan* kararı, § 40, Raporlar 1997-II. Benzer nitelikteki Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi kararı için bkz.: 29 Temmuz 1988 tarihli *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Series C No. 4, §§ 151 ve 177.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi daha da ileri giderek, ulusal yargıcın her durumda Devletin insan haklarına yönelik yükümlülüklerini dikkate alan bir tür "*sözleşmesellik denetimi*" uygulaması gerektiğini söylemektedir. [276]

Başka bir ifadeyle Devlet, bir insan hakları sözleşmesine taraf olduğunda, bu sözleşme hükümleri o Devletin iç hukukunda doğrudan uygulanmak durumundadır. Bunun doğal sonucu o sözleşmenin ne anlama geldiğini yorumlayan ve somut durumlara uygulayan; o sözleşmelerle kurulmuş insan hakları yargı organlarının içtihatlarının da doğrudan iç hukukun bir parçası haline gelmesidir.

Bu haliyle Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkra hükmü tam da uluslararası insan hakları sözleşmeleri hükümlerinin doğrudan uygulanması kuralının yinelenmesinden ibarettir ve bu hüküm 90. maddeye eklenmeseydi bile Devletin ahde vefa ilkesi uyarınca uluslararası yükümlülüklerinin iç hukuk düzeninde doğrudan uygulanmasını gerektirir.

276 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 26 Eylül 2006 tarihli *Almonacid Arellano ve Diğerleri v. Şili* kararı, Series C No. 154, § 124. Amerikalılar Arası Mahkeme bu kararında: "*Bir Devlet, Amerikan Sözleşmesi gibi uluslararası bir antlaşmanın tarafı haline geldiğinde, o Sözleşme Devletin bir parçası olarak yargıçlarını da bağlar. Bu onları, Sözleşme'de yer alan hükümlerin tüm etkilerinin, [o Sözleşme'nin] amacına aykırı olan ve başlangıcından bu yana herhangi bir hukuki etkisi olmayan yasaların uygulanmasından olumsuz etkilenip etkilenmediğini dikkate almaya zorlar. Başka bir ifadeyle yargı, belirli vakalara uygulanan iç hukuk hükümleri ile İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi arasında bir tür "sözleşmesellik denetimi" uygulamalıdır.*" diyerek, ulusal yargıca bir çeşit ulusal insan hakları mahkemesi yargıçlığı da atfetmektedir.

BÖLÜM 2

CEZASIZLIKLA MÜCADELEDE ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI ARAÇLARINI ETKİLİ KULLANABİLMEK

MODÜL IV

ETKİLİ BAŞVURU YOLU HAKKI VE CEZASIZLIK

HAZIRLIK SORULARI

- Başvuru yolu hakkının tanımı, niteliği ve kapsamı nedir?
- Başvuru yolu hakkı, giderim hakkı ve hakikat hakkı kavramları arasında nasıl bir ilişki vardır?
- Başvuru yolu hakkının 'etkili' olması için hangi unsurları içermesi gerekmektedir?
- Devletlerin etkili başvuru yolu hakkı bakımından yükümlülük azaltması hangi koşullarda ve hangi haklar bakımından mümkündür?

MODÜL IV:

Cezasızlık ve Etkili Başvuru Yolu Hakkı

IV.1. Genel yaklaşım

Etkili başvuru yolu hakkı ile giderim hakkı, cezasızlıkla mücadelede uluslararası insan hakları hukukunun merkezinde yer alır. Her iki hak da bir dizi insan hakları sözleşmesi ve belgesinde kabul edilmiş olan mağdurların temel haklarını oluşturur ve bununla yakından ilgilidir. Uluslararası mahkemeler ve insan hakları organları bu hakların kapsamları ve içeriklerine yönelik dikkate değer bir içtihadi birikim geliştirmişlerdir. Bu bakımdan, *Cezasızlığa Karşı Güncellenmiş İlkeler Demeti'nde* tespit edildiği gibi, "*Cezasızlık, Devlet tarafından [...] mağdurlara etkili başvuru yolları ile uğradıkları zararlara karşı giderim sağlanmasındaki başarısızlıktan kaynaklanır.*"[277] Dolayısıyla cezasızlıkla mücadelenin ilk adımı mağdurlara "etkili" bir başvuru yolunun açık olmasıdır.

IV.2. Etkili başvuru yolu hakkı

IV.2.a. Başvuru yolu (remedy) teriminin kapsamına yönelik belirlemeler

Başvuru yolu hakkı, her şeyden önce kişinin bağımsız ve tarafsız bir organ önünde haklarını arama özgürlüğünü güvence altına alır. Hak aramanın amacı, ihlalin tanınmasını sağlamak; eğer ihlal devam ediyorsa, sona erdirmek ve yeterli bir giderim sağlamaktır. Başvuru yolu hakkı aynı zamanda birkaç yönden giderim hakkıyla da bağlantılıdır: bağımsız bir değerlendirme giderim sağlamanın ilk adımını teşkil eder, aslında *başvuru yolu* (*remedy*) terimi İnsan Hakları Komitesi'nin yanında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından da bazı durumlarda giderimi de içine alacak şekilde kullanıldığına tanık olunmaktadır. Her durumda bu iki kavram arasındaki yakın ilişkinin farkında olunması önemlidir.

İngilizce metinlerdeki "*remedy*" (başvuru yolu) kavramı hem usuli bir başvuru yolu (başvuru), hem de giderim anlamına gelebildiğinden bazı durumlarda karışıklığa neden olmaktadır. Bu farklı kullanım sorunu, usuli başvuru yolu (*başvuru*) hakkı ile maddi giderim haklarını ayrı maddelerde düzenleyen İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde açık bir şekilde ortaya konularak çözülmüştür.[278] Buna karşın, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 2. maddesinde yalnızca "*remedy*" (başvuru yolu) kavramına yer verilmiştir ve sadece başvuru yolu kavramıyla sınırlı bir kullanıma sahiptir. Soruna açıklık getiren Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, etkili başvuru yolu hakkının kaçınılmaz olarak giderim hakkını da içerdiğini belirtmiştir.[279]

Bu Rehberde, "*başvuru yolu*" (remedy) deyimi, tıpkı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin yaptığı gibi usuli başvuru hakkı anlamında kullanılırken, giderim hakkını da içerecek anlamda kullanılmıştır. Onarım/giderim (reperation) deyimi ise tazminat, tatmin, eski hale iade, rehabilitasyon ve tekrarlanmama güvencelerini de içine alan bir genel/şemsiye kavram olarak kullanılmıştır.

277 Cezasızlığa Karşı Güncellenmiş İlkeler Demeti, ilke 1.

278 Bkz., İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi, md. 25 ve 63; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, md. 13 ve 41.

279 BM İnsan Hakları Komitesi, Sözleşme'ye Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüklerin Niteliğine İlişkin 31 Nolu Genel Yorum, UN Doc. CCPR/C/21/ Rev.1/Add.13 (2004), §16.

IV.2.b. Etkili başvuru yolu (remedy) hakkının içeriği ve kapsamı

Uluslararası hukuk uyarınca insan haklarının ihlal edilmesi halinde herkesin bağımsız ve tarafsız bir makam önünde başvuru yoluna hakkı vardır. Bunun yanında başvuru yolu hakkı, giderim elde etme yanında ihlali çevreleyen koşullar, ihlalin failleri ve saikleri hakkında "*hakikati öğrenme*" amacıyla başvuruda bulunabilme hakkını da içerir.

Bir başvuru yolunun sadece kağıt üstünde var olması yeterli değildir, o başvuru yolunun, uygulamada da başvuruculara makul başarı şansı sunabilecek nitelikte olması, başka bir ifadeyle *etkili* olması zorunludur. Bu nedenle uluslararası insan hakları mahkemelerinin içtihatlarında başvuru yolu terimi tek başına kullanılmaz. Bu terimin başına daima "etkili" sıfatının getirildiği görülür. Etkili başvuru yolu hakkı, her şeyden önce, herkesin, ihlalin kabulünü, eğer sürüyorsa sona erdirilmesini ve yeterli bir giderim sağlamak için bağımsız ve tarafsız bir organ önünde haklarını savunabilmeleri bakımından getirilmiş usuli bir güvencedir. Ancak esasa ilişkin taraflar da söz konusudur. Bu yönüyle başvuru yolu hakkı, giderim ve hakikat hakkıyla da yakın ilişki içindedir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, etkili başvuru yolu ve yargısal koruma haklarının "*uluslararası insan hakları hukukunda tanınan usule ilişkin araçların etkililiği ilkesini veya bu hakları garanti altına almak için tasarlanmış araçları*" içerdiğini[280] ve "*kamu gücünün keyfi kullanımına karşı bireysel korumanın, uluslararası insan hakları hukukunun sağladığı korumanın temel amacı*" olduğunu, "*bu bakımdan etkili bir başvuru yolu bulunmamasının bireyi bir savunmasızlık durumuna*" soktuğunu söylemiştir.[281]

Etkili başvuru yolu hakkı bir dizi insan hakları sözleşmesinde[282] ve belgesinde[283] düzenlenmiştir. Bu yükümlülük *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurları için Başvuru Yolu ve Giderim Hakkına Dair Temel İlkeler ve Rehber Kurallar*[284] (Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri) tarafından da tanınmıştır.

Devletler her türlü insan hakları ihlalinde, mağdur ve yakınlarına etkili bir başvuru yolu sunma ve bu yolu güvence altına alma yükümlülüğü altına girer. Birleşmiş Milletler *Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri* bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: "*İlgili hukuk sistemlerince öngörülen uluslararası insan halkları hukukuna ve uluslararası insancıl hukuka saygı duyma, saygı duyulmasını sağlama ve uygulama yükümlülüğü, diğerlerinin yanı sıra [...] d) Mağdurlara giderim dahil etkili başvuru yolları sağlama ödevleri içerir*."[285]

---

280 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 3 Kasım 1997 tarihli *Castillo Páez v. Peru* kararı, Series C No. 34, § 82.

281 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 7 Eylül 2004 tarihli *Tibi v. Ekvador*, Series C No. 114, § 130.

282 Birleşmiş Milletler bağlamında Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (md.2); İşkenceye Karşı Sözleşme (md.13); Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (md.6); Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunması Uluslararası Sözleşmesi (8, 12,17(2)(f) ve 20(2). maddeler) ve Ulusaşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne ek Kişilerin, Özellikle Kadın ve Çocukların İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılması Protokolü (md. 6(2)). Bölgesel düzeyde İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi (md. 24 ve 25); Kişilerin Zorla Kaybedilmesine Karşı Sözleşme (md. X); ve İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Amerikalılar Arası Sözleşmesi (md. 8); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (md.13 ve 35).

283 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (Art. 8); Herkesin Zorla Kaybetmeden Korunması Bildirisi (md. 8 ve 13); Yargısız, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Önlenmesi ve Soruşturulması İlkeleri (4 ve 16. İlkeler); Evrensel İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Desteklenmesi ve Korunmasında Bireylerin, Grupların ve Toplum Organlarının Hak ve Sorumlulukları Bildirisi (md. 9); İnsan Hak ve Görevleri Amerikan Bildirisi (md. XVIII); Suç Mağdurları İçin Adalet ve Gücün Kötüye Kullanımı İlkeleri (4-7. İlkeler); Viyana Bildirisi ve Eylem Programı (md. 27); ve Irkçılık, Irk Ayrımcılığı, Yabancı Düşmanlığı ve İlgili Hoşgörüsüzlüğe Karşı Dünya Konferansı Eylem Programı (md. 13, 160-162 ve 165).

284 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 60/147 (2005) sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

285 *Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri*, Madde 3.

Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri ayrıca "*Adalete, adil ve tarafsız süreçlere erişim hakkını güvence altına almakla ilgili uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin, iç hukuklara yansıtılması*" gerektiğini vurgulamaktadır.[286]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi pek çok kararında *etkili* başvuru yolun hakkının mevcut olmasının, başvurucu bakımından o yolun "*erişilebilir ve şikayetleriyle ilgili etkili ve yeterli telafi sağlama kabiliyetine sahip olduğu anlamına*" geldiğini belirtmiştir.[287]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında istikrarlı olarak "*Sözleşme'nin 8 ve 25. maddelerinde tanınan korumaya bağlı olarak, Devletlerin insan hakları ihlallerinin mağdurlarına etkili yargısal koruma sağlamakla yükümlü*" olduklarını belirtmektedir.[288] Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, "*Amerikan Sözleşmesi'nin 2. maddesinin, Taraf Devletleri, Anayasal usullerine ve bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, aynı Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde kullanılabilmesi için gerekli olabilecek yasal veya diğer tedbirleri oluşturma yükümlülüğü altına soktuğunu*" belirtmiştir. "*Bu nedenle, yerel mevzuatı uyarlama yükümlülüğünün, doğası gereği, gerçek sonuçlara yansıtılması gereken bir yükümlülük olduğunu yeniden vurgulamak gereklidir.*"[289] Dolayısıyla İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kullandığı "*makul başarı şansı*" nitelemesinin farklı bir ifadeyle de olsa Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da benimsendiği görülmektedir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, etkili bir başvuru yolunu güvence altına alma yükümlülüğü "*bir bütün olarak olağanüstü hal sırasında bile o başvuru yolunun etkili olmasını gerektiren Sözleşme'nin 2. maddesinin 3. fıkrası uyarınca [...] [MSHUS]'a içkin bir sözleşme yükümlülüğü oluşturur*."[290] demektedir.

İşkenceye Karşı Komite, *"[İşkenceye Karşı Sözleşme'nin] 14. maddesinin uygulanması için, Taraf Devletler, özellikle işkence ve kötü muamele mağduruna etkili bir hukuk yolu sağlayan yasalar çıkarmalıdır [...]. Bu tür bir mevzuat, bireylerin bu hakları kullanmalarına olanak tanımalı ve bir yargı yoluna erişimlerini sağlamalıdır."* yorumunda bulunmuştur. İşkenceye Karşı Komite ayrıca "*Taraf Devletlerin, ihlalin ne zaman meydana geldiğine ya da eski bir rejim tarafından ya da bu rejimin rızasıyla gerçekleştirildiğine bakılmaksızın, tüm işkence veya kötü muamele mağdurlarının başvuru yolu ile giderim elde etme haklarına erişebilmelerini*" sağlamaları gerektiği tespitinde bulunmuştur.[291]

Amerikalılar Arası Mahkeme, etkili başvuru yolu hakkının ayrıca "*ihlalin tanınması, süregelmesi halinde ihlalin durdurulması*[292] *ve yeterli giderim elde etmek için bağımsız ve tarafsız bir organ önünde kişinin kendi haklarını savunma hakkını*" ifade etiğini belirtmiştir. Bu mahkemeye göre, başvuru yolunun etkililiği, "*Sözleşme'de belirlenen hak ihlallerini sonuçlandırması*

286 *Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri*, Madde 12.

287 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında 18 Temmuz 2013 tarihli *Maktouf ve Damjanović v. Bosna Hersek* [BD] kararı, [2312/08 ve 34179/08], §58; ayrıca bkz., 16 Eylül 1996 tarihli *Akdıvar ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [21893/93], §§ 65-69.

288 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27 Şubat 2012 tarihli *Narciso González Medina ve ailesi v. Dominik Cumhuriyeti*, Series C No. 240, § 207.

289 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 17 Haziran 2005 tarihli *Yakye Axa Yerli Toplumu v. Paraguay*, Series C. No. 125, §§ 99 ve 100.

290 BM İnsan Hakları Komitesi'nin *Olağanüstü Hallerde Yükümlülük Azaltmaya* (md.4) ilişkin 29 Nolu Genel Yorum, §14.

291 BM İşkenceye Karşı Komite, 13 Aralık 2012 tarihli 3 Nolu "*Taraf Devletlerin 14. madde uygulamasına*" dair Genel Yorumu, CAT/C/GC/3, §§ 20 ve 40.

292 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de tıpkı Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi gibi ihlali sonlandırma imkanının bulunmasını o başvuru yolunun etkililiği bakımından aramaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bu yönlü son dönem kararlarından bazıları için bkz., 6 Kasım 2008 tarihli *Gavril Yossifov v. Bulgaristan*, [74012/01], § 40; 23 Mayıs 2017 tarihli *Mustafa Avcı v. Türkiye*, [39322/12], § 60 ve 10 Kasım 2020 tarihli *Sabuncu ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [23199/17], § 124.

ya da yanıtlaması" anlamına gelir[293] ve bu yüzden, "*gerçekten ideal olan, bir insan hakkı ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek ve bunu çözmek için ne gerekiyorsa onu yapmak olmalıdır*."[294]

Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri'nde de ifade edildiği gibi, başvuru yolu hakkı, özetle "*adalete eşit ve etkili erişim*" anlamına gelir.[295] Ağır insan hakları ihlallerini ele alırken, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru yolunun, "*Devlet yetkililerince diğer şeylerin yanında, ihsan hakları ihlallerinden sorumlu olanların yargılanmasının*"[296] ve "*mağdurların yakınlarına, kaybolmalarını ve ölümlerini soruşturma, hukuka aykırı eylemlerden sorumlu taraflara karşı işlem yapma, karşılık gelen yaptırımları uygulama ve yakınlarının uğradığı zararları tazmin etme hakkı*" tanıdığı tespitinde bulunmuştur.[297]

Uluslararası insan hakları içtihat hukuku, etkili bir başvurunun nasıl olması gerektiğine ilişkin birbiriyle tutarlı bir içtihadi birikime sahiptir. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*'ne göre, "*Sözleşme'nin [13. maddesiyle yakın ilişki içinde olan] 35. maddesinin 1. fıkrasının şart koştuğu iç başvuru yolları, sadece iddia edilen* ihlalle ilişkiliyse, mevcutsa *ve* yeterliyse *tüketilmek zorundadır. Böylesi, başvuru yollarının varlığı salt teoride değil aynı zamanda pratikte de yeterince* belirli *olmalıdır.*"[298] belirlemesinde bulunmaktadır. Dolayısıyla bir başvuru yolunun etkili olması için, o başvuru yolunun teoride var olması yetmez, pratikte de "*makul başarı şansı sunması*"[299] zorunludur.

Başvuru yolunun etkililiği bakımından akılda tutulması gereken bir başka özellik *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi* tarafından sıklıkla vurgulandığı üzere bir başvuru yolunun "*etkililiğinin*" başvurucu bakımından kullanılan yolun istenilen sonucun elde edilmesini kesin olarak güvence altına almasına bağlı olmamasıdır.[300] Mahkeme, etkili başvuru yolu hakkına ilişkin yükümlülüğün bir sonuç değil araç yükümlülüğü olduğunu sıklıkla ifade etmektedir.[301] Başka bir ifadeyle etkili başvuru yolu mağdura istediği sonucu elde etme güvencesi olarak algılanamaz. Daha çok istediği sonucu makul olarak elde etme şansı tanıyan usuli olanakları mağdurun hizmetine sunar. Araç yükümlülüğünün anlamı budur.

---

293 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 6 Aralık 2001 tarihli *Las Palmeras v. Kolombiya* kararı, Series C No. 90, § 58.

294 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında, 31 Ağustos 2001 tarihli *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Toplumu v. Nikaragua* kararı, Series C No. 79, § 113.

295 Bkz., *Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri*, md.11.

296 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 22 Ocak 1999 tarihli *Nicholas Blake v. Guatemala* kararı, Series C No. 36, § 63.

297 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 16 Ağustos 2000 tarihli *Durand ve Ugarte v. Peru* kararı, Series C No. 68, § 130.

298 Bkz., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, diğerlerinin yanında, 10 Eylül 2010 tarihli *McFarlane v. İrlanda* [BD] kararı, [31333/06], §§107 ve 114; ayrıca bkz., 29 Mart 2006 tarihli *Riccardi Pizzati v. İtalya* [BD] kararı, [62361/00], § 38; 21 Ocak 2011 tarihli *M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan* [BD] kararı, [30696/09], § 288; 25 Haziran 1997 tarihli *Halford v. Birleşik Krallık* kararı, [20605/92], § 64; 16 Eylül 1996 tarihli *Akdıvar ve Diğerleri v. Türkiye* [BD] kararı, [21893/93], § 66.

299 Bkz., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğer pek çok kararının yanında 10 Kasım 2020 tarihli *Sabuncu ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [23199/17], § 126.

300 Bkz., diğerlerinin yanında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 26 Ekim 2000 tarihli *Kudła v. Polonya* [BD] kararı, [30210/96], § 157; 8 Haziran 2006 tarihli *Sürmeli v. Almanya* [BD] kararı, [75529/01], § 98, 4 Temmuz 2006 tarihli *Ramirez Sanchez v. Fransa* [BD] kararı, [59450/00], § 159.

301 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 12 Mayıs 2020 tarihli *Danciu ve Diğerleri v. Romanya* kararı, [48395/16], §84; *Bouyid v. Belçika* [BD], 23389/09], §120; 14 Nisan 2015 tarihli *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye* [BD], [24014/05], 173.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Batı ve Diğerleri v. Türkiye* davasında, başvurucuların kendilerine işkence yapmakla suçladıkları sanık polis memurlarının ceza yargılaması bitmeden, başka bir ifadeyle iç hukuk yollarını tüketmeden, kendisine başvurduklarını gözlemlemiştir. Mahkeme işkence bağlamı üzerinden iç hukukta başvurucuların etkili bir başvuru yoluna sahip olup olmadığını değerlendirirken, ceza yargılamasının sekiz yıldır sonuçlandırılamamış olmasını, Türkiye'de işkence davalarını *zamanaşımı* ile sonuçlandırarak kapatma şeklindeki yargısal pratiğin varlığı ile soruşturma ve kovuşturma aşamalarında bu başvuru yolunun başvuruculara *makul bir başarı şansı sağlamaktan* alıkoyacak ciddi hata ve ihmallerin yapılmış olmasını dikkate alarak başvuru yolunun etkisiz olduğuna hükmetmiştir.[302]

Aynı şekilde ülke içinde yerinden edilenler (*internally displaced persons*; *Türkiye'deki adlandırmasıyla köy boşaltmalar*) ile ilgili ilk kararını verdiği *Akdıvar ve Diğerleri v. Türkiye* davasında, Mahkeme, başvurucuların yetkili makamlarca evlerinin tahrip edilerek köylerinden sürülmelerine ilişkin iç hukukta olağanüstü hal ile bağlantılı olarak kamu görevlilerinin soruşturulabilmeleri için (mülki amirin iznine tabi olması ile) getirilen hukuki engellerin, sorumlu kamu görevlileri hakkında ceza soruşturması yapılarak gerekli delillerin toplanmasını engellediğini; bunun da başvurucuların idare mahkemeleri önünde açabilecekleri tam yargı davalarının *pratikte başarı şanslarının olmadığını* tespit etmiş ve anılan başvuru yolunun etkili olmadığı tespitinde bulunarak başvurucuların bu yolu tüketme yükümlülükleri bulunmadığına hükmetmiştir.[303]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin de bir başvuru yolunun niteliği, kapsamı ve etkililiğine dair *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*'ne çok benzer bir yaklaşım içinde olduğu söylenebilir. *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi* bir iç hukuk yolunun etkili olabilmesi için, "*Anayasa veya yasa hükümlerinde öngörülmesi ya da resmi olarak tanınmasının yeterli olmadığı; bunun yanında, insan hakları ihlalinin mevcut olup olmadığının tespitinde ve tazminat sağlanmasında gerçekten etkili olması gerektiğine*" hükmetmiştir. *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi,* bu yeterliliğe sahip olmayan hukuk yollarının, iç hukuk düzeninde var olsalar bile, aldatıcı olduğunu ve etkili hukuk yolları olarak kabul edilemeyeceğini de tespit etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, defalarca ülkede hâkim olan genel koşullar veya belirli bir davanın özel koşulları yüzünden bir başvuru yolunun *hayali* olduğunu kanıtlanması halinde etkili sayılamayacağına karar vermiştir. Örneğin, yargı erkinin gerekli bağımsızlık ve tarafsızlıkla karar vermemesi ya da yargılamada haksız ve uygunsuz bir gecikme ortaya çıktığında ya da mağdurun bir yargı yoluna erişiminin yadsınması hallerinde olduğu gibi artık etkili bir başvuru yolundan bahsedilemeyeceğini söylemiştir. [304]

IV.2.c. Etkili başvuru yolu hakkının yükümlülük azaltılamaz niteliği ile kendi başına ileri sürülebilen bağımsız bir hak olması

Etkili başvuru yolu hakkının birçok insan hakları sözleşmesinde yükümlülük azaltılamaz haklar içinde özellikle sayılmamış olmasına rağmen, Devletlerce sınırlanabilmesi halinde yaşam hakkı, işkence veya kötü muamele yasağı gibi diğer bütün maddi hakların etkili

302 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 3 Haziran 2004 tarihli *Batı ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [33097/96 ve 57834/00], §§ 138-149.

303 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 16 Eylül 1996 tarihli *Akdıvar ve Diğerleri v. Türkiye* [BD] kararı, [21893/93], §§ 71-72, 75 ve 97.

304 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 6 Ekim 1987 tarihli "*Olağanüstü Hallerde Yargısal Güvenceler*"e (İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin. 27.2, 25 ve 8. maddeleri), ilişkin Tavsiye Görüşü, OC-9/87, Series A No. 9, § 24. Ayrıca diğerlerinin yanında 6 Nisan 2006 tarihli *Baldeón García v. Peru* kararı, Series C No. 147, § 144; 5 Temmuz 2004 tarihli *19 Tacir v. Kolombiya*, Series C No. 109, §192; ve 26 Eylül 2006 tarihli *Almonacid Arellano ve Diğerleri v. Şili*, Series C No. 154, § 111.

olarak korunmasını tehlikeye atacak temel usuli haklardan biri olması nedeniyle olağanüstü hallerde bile Devletlerce bu hak üzerinde yükümlülük azaltmaya gidilemez.[305]

BM İnsan Hakları Komitesi, *Olağanüstü Hallerde Yükümlülük Azaltma*ya ilişkin *29 Nolu Genel Yorumunda* başvuru yolu hakkına ilişkin yükümlülük azaltılması yasağına ilişkin şu tespitlerde bulunmuştur:

> "Sözleşme'nin 2. maddesinin 3. fıkrası, Taraf Devletlerin, Sözleşme hükümlerinin ihlali halinde, başvuru yolları sağlanmasını öngörmektedir. Bu fıkra, 4. maddenin 2. fıkrasında belirtilen yükümlülük azaltmanın (derogasyon) mümkün olmadığı hükümler arasında yer almasa da belirtilen yükümlülük Sözleşme'nin bütününe yayılmış sözleşmesel bir yükümlülüktür. Taraf Devletler, olağanüstü hallerde, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirleri aşmayacak şekilde adli veya diğer başvuru yollarının işleyişine yönelik düzenlemeler yapabilir, ancak Taraf Devlet, Sözleşme'nin 2. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen etkili başvuru yolu sağlama şeklindeki temel yükümlülüğe uymalıdır."[306]

Yine *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*, işkence yasağı ihlali iddialarının yanında, olağanüstü halde yükümlülük azaltma bağlamı üzerinden 14 gün ve daha uzun bir süre tecrit ortamında tutmaya izin veren yasal düzenlemeler ve uygulamayla bağlantılı şikayetleri ele aldığı *Aksoy v. Türkiye* kararında:

> "...[Mahkeme] mevcut davada, uzun bir süre gözaltında tutulan başvurucuya yeterli koruyucu sağlanmadığını kabul etmektedir. Özellikle bir avukata, doktora, akrabaya veya arkadaşa ulaşma hakkı verilmemesi ve gözaltında tutulmasının hukukilik denetimini yapabilecek bir mahkeme önüne çıkarılmak için gerçekçi bir imkânın bulunmaması, başvurucuyu tamamen kendisini tutanların insafına bırakmak anlamına geldiği",

sonucuna ulaşmıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, sonuç olarak,

> "Türkiye'nin Güneydoğu bölgesindeki terör probleminin hiç tartışmasız ciddiliğini ve devletin buna karşı etkili önlemler alırken karşılaştığı güçlükleri dikkate almıştır. Ancak Mahkeme, terör suçlarına karıştığı kuşkusuyla başvurucunun, bir yargıca veya yargılama yetkisine sahip görevliye ulaşamadan tecrit halinde on dört gün veya daha uzun bir süreyle tutulmasının, durumun zorunluluklarının gerektirdiğine ikna olmamıştır."

Bu bağlamda *İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi*, yükümlülük azaltılamaz hakların korunması bakımından yaşamsal olan yargısal güvencelerin askıya alınmasını yasaklamıştır.[307] *Herkesin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*'nin *17. maddesinin 2. fıkrasının (f) bendi* uyarınca tutulan kişilerin yargı yerleri önüne çıkarılmaları ve bu yargı yerlerince kişinin serbest bırakılması kararlarına (*writ of habeas corpus*) sahip olabilmelerine yönelik haklarına dair yükümlülük azaltmada bulunulamayacağını madde metninde geçen "*her durumda*" deyiminden çıkarsayarak yorumlanmaktadır.

---

305 Bkz., İnsan Hakları Komitesi: 31 Ağustos 2001 tarihli *Olağanüstü Hallerde Yükümlülük Azaltmaya İlişkin* (4. md.) 29 Nolu Genel Yorumu, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, §14; BM İnsan Hakları Komisyonu'nun 28 Şubat 1992 tarihli *Habeas Corpus'a dair* kararı, Resolution No. 1992/35, § 2; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 18 Aralık 1996 tarihli, *Aksoy v. Türkiye* kararı, [21987/93], § 83; ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 30 Ocak 1987 tarihli Olağanüstü Hallerde *Habeas Corpus (İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin 27.2, 25.1 ve 7.6. maddeleri) hakkına ilişkin Tavsiye Görüşü*, OC-8/87, Series A No. 8, § 42, ve Tavsiye Görüşü OC-9/87, Doc. Cit., uygulamaya ilişkin 2 ve 3. paragrafları.

306 İnsan Hakları Komitesi: 31 Ağustos 2001 tarihli *Olağanüstü Hallerde Yükümlülük Azaltmaya İlişkin* (4. md.) 29 Nolu Genel Yorumu, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, §14.

307 İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin 27. maddesinin 2. fıkrası, cümle sonu.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, yükümlülük azaltılamaz hakların korunabilmesi için yargısal başvuru yollarının herhangi bir askıya alma işlemine tabi tutulamayacağını ve "*Sözleşme'de kabul edilen hakların ihlaline karşı etkili bir başvuru yolunun yokluğunun kendi başına Taraf Devletçe Sözleşme ihlali oluşturacağını*" belirtmiştir.[308]

Öte yandan, başvuru yolu hakkının unutulmaması gereken özelliklerinden biri kendi başına maddi bir içeriğe sahip olmayıp, maddi hakların yaşama geçirilebilmesi bakımından güvence oluşturan usuli bir hak niteliğinde olmasıdır. Bu yönüyle adil yargılanma hakkından farklı olarak etkili başvuru yolu hakkı ayrımcılık yasağı gibi kendi başına ileri sürülemeyen, ancak başka bir maddi hakkın ihlal iddiası bağlamında ileri sürülebilen bağıl bir niteliğinin olmasıdır.[309] Bu bağlamda *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*'nin *Hazırlık Çalışmaları* tutanaklarında etkili başvuru yolunu öngören 13. maddenin getiriliş sebebinin Devletlere Sözleşme'nin uygulanması için bir usul geliştirmek olduğu anlaşılmaktadır.[310]

Buna karşın, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi,* 1970'lerin sonlarından başlayarak etkili başvuru yolu hakkını öngören 13. maddeyi, maddi hakların güvencesi olarak değerlendirmeye başladıktan sonra, özel ve istisnai durumlarda geçerli olmak üzere, giderek tek başına 13. maddenin ihlali iddialarını incelemekte ve ihlal kararları verebilmektedir.[311] Mahkeme bu sonuca ulaşırken, 13. maddenin başka bir hakka bağlı olarak ileri sürülebileceğine yönelik bir ön (uygulanabilirlik koşulu) koşulun varlığı etkili başvuru yolu hakkının kullanılmasını imkansız, dolayısıyla anlamsız hale getirdiğini söylemiştir. Başka bir deyişle ortada bir başvuru yolu yokken maddi bir hakkınızın ihlal edildiğinin kanıtlanması çoğu durumda imkânsız bir göreve dönüşmektedir.[312] Mahkeme böylesi durumlarda etkili başvuru yolu hakkı ihlali iddialarını tek başına ele alabilmektedir.

IV.2.d. Başvuru yolunun yargısal niteliği

Uluslararası insan hakları hukuku, temel hakların ihlali durumunda, başvuru yolunun yargısal nitelikte olmasını zorunlu kılmaktadır. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi 2. maddesinin 3. fıkrası uyarınca öngörülen bir başvuru yolunun etkililiğinin sağlanabilmesi bakımından o başvuru yolunun yargısal nitelikte olmasını şart koşmaktadır.

Ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda uluslararası insan hakları organlarının ürettikleri içtihatlar, uluslararası belgelerde ihlal tespiti sonrasında oluşan zararın gideril-

---

308 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6 Ekim 1987 tarihli Tavsiye Görüşü, OC-9/87, Doc. Cit.,§ 24.

309 Bkz., Sibel İnceoğlu, "*Etkili Başvuru Hakkı*", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Ed. Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi -2013, sf 440 ve 41; Osman Doğru – Atilla Nalbant: "*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*", Yargıtay Başkanlığı – 2013, Cilt 2, sf.559 vd.;Tolga Şirin: "*Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usul Hukuku*", Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Elkitapları Serisi -7, Avrupa Konseyi -2018, sf. 101.;

310 *Travaux Preparatoires* of the Convention, DH(57)5, s.11.

311 Bkz., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğer kararlarının yanında en yakın 14 Ocak 2020 tarihli *Beizaras ve Levickas v. Litvanya* kararı, [41288/15], §§ 149 ve devam.

312 Bkz., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 6 Eylül 1978 tarihli *Klass ve Diğerleri v. Almanya* kararı, [5029/71], § 64. Mahkeme, bu görüşü ortaya koyarken aşağıdaki yorumda bulunmuştur: "*Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri "ihlal edilen" bir kimsenin, "ihlal fiili" resmi sıfatlarıyla hareket edenlerden başka kişiler tarafından "işlenmiş" olsa bile, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Bu hüküm lafzıyla okunduğunda, bir kimsenin ancak bir "ihlal" meydana gelmişse, iç hukuk yollarına başvurma hakkına sahip olduğu düşünülebilir. Ancak bir kimse ulusal bir makama şikâyette bulunmadıkça, bu makam önünde "ihlal"in varlığını ortaya koyamaz. Sonuç olarak ..., Sözleşme'nin gerçekten ihlal edilmiş olması, 13. maddenin uygulanması için bir ön koşul olamaz. Mahkeme'nin görüşüne göre 13. madde, Sözleşme'ye aykırılığı iddia edilen bir tasarruftan kendisinin zarar gördüğünü ileri süren bir kişinin, hem iddiaları hakkında karar verilmesini ve hem de mümkünse bir karşılık ödenmesini sağlamak için ulusal bir makam önünde bir* hukuk yoluna başvurma hakkını gerektirmektedir. Böylece 13. madde, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini "iddia eden" herkesin, "ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı"nı güvence altına alacak biçimde yorumlanmalıdır."

mesini zaman zaman Taraf Devlet'in kendi takdir alanında bırakan farklı kuralların bulunmasına rağmen, özellikle etkili başvuru yolunun yargısal niteliğinin zorunluluğu noktasında ortaklaşmaktadır. Bu durum, *Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri*'nin 12. maddesinde yeniden teyit edilmiştir: "*Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali veya ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlali mağduru, uluslararası hukukta öngörüldüğü şekilde, etkili bir yargısal başvuru yoluna eşit erişime sahip olacaktır.*"

İnsan Hakları Komitesi, "*Ciddi insan hakları ihlalleri, özellikle de yaşam hakkı ihlali söz konusu olduğunda, sırf disiplin ve idari başvuru yollarının olmasının, bunların (Devletlerin genel sorumluluklarını belirleyen) Sözleşme'nin 2. maddesinin 3. fıkrası anlamında yeterli ve etkili başvuru yolu oluşturduğunun kabul edilemeyeceğine*" hükmetmiştir.

İnsan Hakları Komitesi, idari yargıda açılan davalarda olduğu gibi mağdurlara ya da ailelerine sırf uğradıkları zararlar bakımından mali içerikli bir giderim elde etmelerine olanak tanıyan yargısal başvuru yollarını etkili olarak kabul etmemektedir.[313] Benzer bir şekilde *İnsan Hakları Komitesi* ayrıca, insan hakları ihlallerinin ağırlığı ve ciddiliğine bağlı olarak ceza yargılaması yerine salt disiplin yargılaması yapılmasının yeterli bir başvuru yolu olmayacağı tespitinde bulunmuştur.[314]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de etkili başvuru yolu kavramının, uygun olduğunda bir tazminat ödenmesinin yanında, faillerin teşhisi ve cezalandırılmasını sağlayacak derinlik ve etkililikte bir soruşturmayı ve soruşturma sürecine şikayetçinin etkili katılımını gerektirdiği tespitinde bulunmuştur.[315]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, özellikle işkence yasağı ve yaşam hakkına bağlı ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda, bir kimsenin Devlet görevlilerine atfedilebilecek tartışılabilir bir iddia ortaya koyduğunda etkili başvuru yolu hakkını içeren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 13. maddesinin, Sözleşme'deki "*hak ve özgürlüklerin... güvence altına alınması*"nı öngören 1. maddesiyle birlikte okunması gerektiğini", bunun da "*etkili resmi bir [cezai] soruşturmayı*" zorunlu kıldığını; bu soruşturmanın da sorumluların tespitini ve cezalandırılmasını sağlama kapasitesine sahip olması gerektiğini söylemektedir. Mahkeme'ye göre, böylesi bir usuli boyutu içeren 3. madde (işkence) vakalarında bu durumun söz konusu olması halinde, esaslı önemine rağmen, işkence veya kötü muameleye ilişkin genel hukuki yasak pratikte etkisiz olacağından olası Devlet görevlisi fail(ler)in denetimi altındaki mağdurların haklarını gerçek bir cezasızlıkla kötüye kullanmaları mümkün hale gelir. [316]

Avrupa Mahkemesi, daha da ileri giderek, yaşam hakkı ihlali (2. madde) iddiasının söz konusu olduğu durumlarda, mağdurun ölmüş olma ihtimali ve olayı çevreleyen koşulların bütünüyle Devletin bilgisi dahilinde kalması gibi pratik sebeplerle soruşturma bakımından resen harekete geçme sorumluluğunun Devletin üzerinde olduğunu söylemiştir.[317]

---

313 İnsan Hakları Komitesi'nin 13 Kasım 1995 tarihli *Nydia Erika Bautista v. Kolombiya*, Communication No. 563/1993, § 8,2; 29 Temmuz 1997 tarihli *José Vicente ve Amado Villafañe Chaparro ve Diğerleri v. Kolombiya*, [612/1995], § 8.2; ve 13 Ekim 2000 tarihli *José Antonio Coronel ve Diğerleri* v. Kolombiya kabuledilebilirlik kararı, [778/1997], § 6.4.

314 İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Kasım 2002 tarihli *José Antonio Coronel ve Diğerleri v. Kolombiya* kararı, 778/1997, CCPR/C/76/D/778/1997, § 3.6; ayrıca bkz., 27 Ekim 1995 tarihli *Nydia Bautista de Arellana v. Kolombiya*, [563/1993], § 8.2, ve 29 Temmuz 1997 tarihli *Arhuacos v. Kolombiya*, [612/1995], § 8.2.

315 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğer pek çok kararının yanında, 16 Aralık 1996 tarihli *Aksoy v. Türkiye* kararı, [21987/93], § 98; 24 Nisan 1998 tarihli *Aydın v. Türkiye* kararı, [23178/94], §103.

316 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 28 Ekim 1998 tarihli *Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan* kararı, [24760/94], § 102.

317 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 27 Haziran 2000 tarihli *İlhan v. Türkiye* [BD] kararı, [22277/93], § 91; ayrıca Yargıç Bratza'nın işkence bağlamı üzerinden yorumları için, 13 Kasım 2003 tarihli *Elçi ve Diğerleri Türkiye* kararında kısmi muhalefet şerhi.

Dolayısıyla ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda, başvuru yolu hakkı, asıl olarak etkili bir yargısal başvuru yolu olarak anlaşılmalıdır ve bu da esasen ve öncelikli olarak etkili bir ceza soruşturması yürütme zorunluluğu anlamına gelecektir. Devletler, etkili bir yargısal başvuru hakkını güvence altına alabilmek için mağdurun ve/veya aile üyelerinin ceza soruşturması ya da yargılamasında taraf haline geleceği şekilde usuli güvenceleri genişletmek zorundadır. Böylelikle mağdurlar ya da onların yakınlarının, ihlal iddialarıyla ilgili açılacak soruşturma ya da yargılamalara aktif katılımını sağlayacak düzenlemelerin mevcut olması, etkili bir başvuru yolunun koşulu haline gelir. Bu bakımdan mağdur ya da aile bireyleri soruşturma ve/veya yargılama makamları önünde:

- Delil ileri sürebilmeli ya da delil toplanmasını talep edebilmeli;
- Tanık ifadelerini alabilmeli, sunabilmeli ve talep edebilmeli;
- Belge ya da kanıtlara erişimleri olabilmeli;
- Savunma tanıklarını ve kendi tanıklarını sorgulayabilmeli;
- Savunma tarafından ileri sürülen delil ve tanıkları sorgulayabilmeli ve bunlara itiraz edebilmeli;
- Bilirkişi incelemesi ya da tanıklarına dahil olabilmeli ve
- Hakimlik ya da mahkeme ara kararları ile kararlarına karşı itiraz ya da diğer kanun yollarını kullanabilmelidir.

IV.3. Etkili Başvuru Yolu ile diğer usuli haklar arasındaki ilişki

Etkili başvuru yolu hakkının temelde maddi bir hak olmayıp diğer hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesinin güvencesi niteliğinde usuli bir hak olduğunu yukarıda belirtmiştik. Konumuz olan cezasızlık bağlamında başvuru yolu hakkının usuli nitelikteki başka haklarla ilişki içinde olduğu hususların da yakından incelenmesine ihtiyaç bulunuyor.

IV.3.a. Haksız tutmaya karşı yargısal denetim hakkı ve Başvuru yolu Hakkı

Uluslararası insan hakları hukukunun güvence altına aldığı özel bir başvuru yolu kategorisi, haksız tutmaya karşı öngörülen başvuru yollarıdır, ki bunlar hemen bir yargıç ya da yargı yetkisi olan başka bir makam önüne çıkarılma hakkı,[318] özgürlüğünden yoksun bırakmanın hukukiliğine karşı yargısal bir mercii önünde itiraz etme hakkı (*habeas corpus ya da amparo başvurusu vb*) gibi hakları içerir.[319]

Habeas corpus hakkı, bir suç ithamıyla yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç ya da benzeri bir adli mercii önüne çıkarılmasını ve yargılama sürerken makul bir süre tutulmasını veya serbest bırakılmasını isteme hakkından ayrı bir haktır. Başka bir deyişle, *habeas corpus* hakkı, her türlü tutma durumları için geçerlidir ve bir suç şüphesiyle yakalanan kişilerin derhal hâkim önüne çıkarılma hakkına ek olarak tanınmıştır. *Habeas corpus* hakkı, yalnızca bireyleri yasadışı gözaltına almaya karşı koruduğu için değil, aynı zamanda

318 Bkz., *Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nin 9(3); *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*'nin 5(3); ve *İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi*'nin, 7(5). maddeleri.

319 *Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin* 9(4). md.; *Çocuk Hakları Sözleşmesi*'nin, 37(d). md.; *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*'nin 5(4). md.; *İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi*'nin 7(6). md.; *Herkesin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*'nin 17(f). md.; *Kişilerin Zorla Kayıp Edilmeleri Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşmesi*, X. md.; *Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için İlkeler Bütünü*, İlke 32; *Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri*, 9. md.

gözaltında işkence ve diğer kötü muamele türleri veya kötüye kullanım ya da zorla kaybedilmeye karşı önemli bir güvence teşkil ettiği için de yaşamsaldır.[320]

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 4. fıkrası aynı şekilde habeas corpus hakkını güvence altına almaktadır. Bu fıkra, gözaltına alınan ya da herhangi bir şekilde tutulduğu için özgürlüğünden mahrum bırakılmış bir kimseye, tutulmasının hukukiliği hakkında hızla karar verebilecek ve tutma hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvuru hakkını tanımaktadır. Bu anlamıyla bu fıkra 13. maddenin özel bir görünümünü (*lex specialis*) oluşturur. Dolayısıyla bu fıkranın uygulanabilir olduğu bir davada artık genel başvuru yolu hakkını öngören 13. madde uygulanmaz.[321]

Öte yandan haksız tutmaya karşı öngörülen tüm başvuru yollarının temel nitelikte olduğu ve barış zamanlarında olduğu gibi olağanüstü hallerde ve çatışma dönemlerinde de geçerli olduğu özellikle vurgulanmalıdır. *İnsan Hakları Komitesi*, *habeas corpus* güvencesinin doğası gereği yükümlülük azaltmaya tabi tutulamayacağı görüşündedir.[322] *İnsan Hakları Komitesi*, Sözleşme'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını öngören 9. maddesine ilişkin 35. Nolu Genel Yorumunda: "*Kişi özgürlüğünü güvence altına alan usul güvenceleri hiçbir zaman yükümlülük azaltmaya tabi tutulamaz, aksi halde yükümlülük azaltmanın istisnası olan haklara ilişkin koruma anlamsız hale gelir. [Yaşam hakkı ve işkence yasağına ilişkin] 6. ve 7. maddelerdeki haklar dahil olmak üzere, yükümlülük azaltmanın istisnası olan hakların korunması için, mahkemenin tutukluluğun yasallığı konusunda gecikmeden karar vermesine olanak tanıyan, mahkemeye başvuru hakkı, yükümlülük azaltma tedbirleri ile ortadan kaldırılamayacağını*." vurgulamıştır.[323]

IV.3.b. Adil yargılanma hakkı ve Başvuru yolu Hakkı

Başvuru yollarının etkililiğinden söz edebilmek için, derhal, erişilebilir, bağımsız bir yargı yeri önünde mevcut olmaları, giderime ve uygulanabilir olduğu hallerde ihlalin durdurulmasına olanak tanımaları gerekir. Aşağıda, adil yargılanma hakkı bağlamında etkili bir başvuru yolunun temel gerekliliklerinden bazıları Türkiye'deki yargısal sorunlarla bağlantılı olduğu ölçüde açıklanmaya çalışılmıştır. Daha geniş bir gereklilik listesi olmasına, ayrı ayrı tanımlanabilmesine rağmen, her bir unsurun kendine has özelliklere sahip olmasıyla birlikte, etkin bir başvuru yolunun tüm ön koşullarının, birbiri ile bağlantılı olduğu; ancak her birinin hem tek başına hem de kümülatif olarak başvuru yolunun etkinliğini etkilediği unutulmamalıdır. Türk Hukuk Sistemi bakımından iç hukukta doğrudan uygulanma olanağı bulunduğu için daha fazla öne çıkan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve onun yargısal organı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatları bu bölümde daha fazla vurgulanacaktır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı da bu Sözleşme'nin 13. maddesinde öngörülen etkili başvuru yolu hakkının özel bir görünümünü (*lex specialis*) oluşturmaktadır. Sözleşme'nin 6. maddesi, etkili başvuru yolu hakkını güvence altına alan 13. maddeden daha yüksek bir koruma sağlar. Dolayısıyla bir davada hem 6. madde hem de 13. madde ihlali ileri sürülmüş ve 6. madde o davaya uygulanabilir durumdaysa, konu sadece 6. madde kapsamında incelenecektir. Ancak İnsan

320 Birleşmiş Milletler İşkence Özel Raportörü'nün 17 Aralık 2002 tarihli Raporu, UN Doc. E/CN.4/2003/68 (2002), § 26(i).

321 Osman Doğru – Atilla Nalbant: "*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*", Yargıtay Başkanlığı – 2013, Cilt 2, sf.565.

322 İnsan Hakları Komitesi, *Olağanüstü hallerde yükümlülük azaltmaya ilişkin* 29 Nolu Genel Yorum, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), § 16.

323 İnsan Hakları Komitesi, *Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğine dair 9. maddeye ilişkin* 35 Nolu Genel Yorum No. 35, UN Doc. CCPR/C/GC/35 (2014), § 67.

Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, verili bir taraf Devletteki ciddi yapısal sorunlara bağlı olarak 6. maddesinde öngörüne usuli güvencelerin bir defa işlemediğini tespit etmesi halinde dönüp 13. madde altında konuyu incelemeye başlayacağı da unutulmamalıdır.[324]

IV.4. Başvuru yolunun hızı ve etkililiği ile olan ilişkisi

Uluslararası insan hakları hukukunun bir parçasını oluşturan uluslararası insan hakları organlarının içtihatları, herhangi bir başvuru yolunun hızlılığının onun etkililiğinin ön koşulu olduğunu vurgulaması tesadüf değildir.[325]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *Doran v. İrlanda* kararında, "giderim sağlayıcı davanın hızlılığının kendi başına o başvuru yolunun fazlasıyla uzun sürmesinin yeterliliğine verebileceği zararın dışlanamayacağından özel bir önem gösterilmesi gerektiğini" vurgulamıştır.[326] İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bu yaklaşımına daha fazla açıklık getirdiği *Sürmeli v. Almanya* kararında, bir hukuk sisteminin davaların makul olmayacak şekilde uzun sürmesine ilişkin olarak, yargılama süreçlerini hızlandırıcı adımlara odaklanmasının, uzun yargılamaya yönelik tazminat öngören bir başvuru yoluna göre daha tercih edilir olduğunu söylemiştir. Mahkeme'ye göre, yargılama süresini kısaltacak adımlara odaklanılarak, hem aynı dava sürecine yönelik birden çok uzun yargılama sorununun ortaya çıkması engellenebilir hem de buna ilişkin ihlal iddialarının denetimi ihlalden sonraki sürece taşınmaz.

Sürmeli davasında Avrupa Mahkemesi, Alman Anayasa Mahkemesi'nin anayasal şikâyet başvurularına ilişkin dava süresini azaltıcı adımlar atma konusunda yetkiye sahip olmadığını saptadıktan sonra bu yolun etkili bir başvuru yolu olmadığına karar vermiştir.[327]

Mahkeme'nin yargılamaları makul bir sürede bitirilmesine yönelik yaklaşımı ihlalin niteliğine göre değişebilmektedir. Bununla birlikte işkence görme tehlikesi gibi ciddi/ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda hızlılık konusundaki esnekliği yerini daha dikkatli bir inceleme ve dar yorumlama ilkelerine bırakmaktadır. *De Souza Ribeiro v. Fransa* kararında Mahkeme'nin Büyük Dairesi, yabancıların işkence görme tehlikesi olan bir ülkeye sınırdışı edilmesine karşı getirilecek başvuru yolunun –söz konusu tehlikenin geri dönülemez sonuçları olacağından bahsederek– sınırdışı işlemini derhal durdurucu etkisi olmasının zorunlu olduğunu söylemiştir. Başka bir ifadeyle Mahkeme'nin gözünde belirli bazı durumlarda bir başvuru yolunun hızlılığına dair koşullara ilişkin esneklik, o başvuru yolunun kullanılması anında sonuç doğurma yükümlülüğüyle bile sınırlanabilmektedir.[328]

---

324 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yolu getirilmeden önce uzun yargılama bağlamında bir başvuru yolu öngörülmediğini tespit ettiği ve bu nedenle 13. maddenin ihlal edildiğine hükmettiği 13 Temmuz 2006 tarihli *Bahçeyaka v. Türkiye* kararı, [74463/01], §§ 26-30.

325 *İnsan Hakları Komitesi*'nin Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 2. maddesinde öngörülen "*Taraf Devletlerin Genel Yükümlülüklerine*" ilişkin *31 Nolu Genel Yorumu*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13(2004), §15; ayrıca örnek oluşturması bakımından bkz., *Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi*'nin (CEDAW) Kadınların adalete erişimine ilişkin genel tavsiyesi, UN Doc. CEDAW/C/GC/33 (2015), §§ 11, 14(d), 18(d) ve 19(a). CEDAW bu tavsiyesinde devletlerin bütün kadınların "etkili ve hızlı başvuru yollarına eşit erişime sahip olmalarını" sağlama konusundaki sözleşmesel yükümlülüklerini vurgulamıştır. Yine *Çocuk Hakları Komitesi*, etkili başvuru yolu sağlama ve çocuk hakları ihlallerine karşı giderim sağlama yükümlülüğünü yerine getirmek için, diğerlerinin yanında, "hızlı işleyen, gerçekten uygun ve erişilebilir ve uğranılan zararlar için giderim sağlayan" çocuklara duyarlı mekanizmaların kurulmasının zorunlu olduğunu vurgulamaktadır. Bkz., Çocuk Hakları Komitesi'nin, "*İş dünyasının çocuk hakları üzerine etkilerine dair Devletin yükümlülüklerine*" ilişkin 16 Nolu Genel Yorumu, UN Doc. CRC/C/GC/16 (2013), § 30.

326 Bkz., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 31 Temmuz 2003 tarihli *Doran v. İrlanda* kararı, [50389/99], § 57.

327 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 8 Haziran 2006 tarihli *Sürmeli v. Almanya* [BD] kararı, [75529/01], §§ 100 – 117.

328 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 13 Aralık 2012 tarihli *De Souza Ribeiro v. Fransa* [BD] kararı, [22689/07], §§ 81– 82. Bu davada Büyük Daire, aynı durumun yaşam hakkına yönelik tehlikeler bakımından da geçerli olduğunu vurgulamıştır.

IV.5. Başvuru yolunun erişilebilirliği ile etkililiği ilişkisi

Yukarıda bir başvuru yolunun teoride mevcut olmasının yeterli olmadığını, uygulamada da sonuç doğurma kapasitesine sahip bir yol olması gerektiğinden bahsedilmişti. Adil yargılanma hakkı bakımından bunun anlamı, pratik ve etkili bir yargısal başvurunun basit ve erişilebilir olması gerektiğidir. BM *İnsan Hakları Komitesi*, basitlik ve erişilebilirliğin "*belirli kategorilerdeki kişilerin özel kırılganlıklarının*" dikkate alınmasını gerektirdiğini söylemiştir.[329] Dolayısıyla kırılgan durumdaki kimselerin adli yardım dahil, mahkemelere erişimlerinin sağlanması bakımından tedbirlerin alınması gerekliliğini vurgulamıştır.[330] İnsan Hakları Komitesi ayrıca, *Mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşitlik ve adil yargılama hakkına* ilişkin 32 Nolu Genel Yorumunda, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14/3-d maddesinde belirtilen ceza davalarında adli yardım güvencesine ek olarak diğer davalarda da adaletin gerektirdiği durumlarda Devletlerin adli yardım sağlama konusunda teşvik edilebileceği ve hatta zorlanabileceğini açıklığa kavuşturmuştur.[331]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde iç hukuktaki bir boşanma davasıyla ilgili olarak üst derece mahkemesi önündeki yargılamanın karmaşıklığı ve maddi imkansızlık nedeniyle avukatın hukuki yardımından başvurucunun yararlanamamasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği iddiasının şikayet konusu olduğu *Airey v. İrlanda* kararında, Mahkeme, İrlanda'da boşanma davalarında hukuken ayrılık kararının sadece İrlanda Yüksek Mahkemesi'nden alınabileceğini ve bu mahkeme önündeki usulün bir avukatın yardımı olmaksızın altından kalkılamayacak karmaşıklıkta olduğunu saptamıştır. Mahkeme, böylesi durumlarda bu fiili engeli ortadan kaldıracak bir adli yardım sisteminin de devreye girmediğini bunun da adil yargılanma hakkının bir unsurunu oluşturan mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme, aynı davada, etkili başvuru yolu hakkının da ihlal edildiği şikayetini incelerken, 6. madde ile 13. maddede öngörülen hakların bu davada örtüştüğünü, 6. maddenin aradığı koşulların 13. maddeye oranla daha kapsamlı ve koruyucu olduğundan hareketle etkili başvuru yolu bakımından bir incelemeyi gerekli görmemiştir.[332]

329 İnsan Hakları Komitesi'nin "*Taraf Devletlerin Genel Yükümlülüklerine*" ilişkin 31 Nolu Genel Yorumu, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), §15.

330 İnsan Hakları Komitesi, Polonya'ya ilişkin sonuç gözlemleri, UN Doc. CCPR/CO/82/POL (2004), § 14.

331 İnsan Hakları Komitesi, "*Mahkemeler önünde eşitlik ve adil yargılanma hakkı*"na ilişkin 32 Nolu Genel Yorumu, UN Doc. CCPR/C/GC/32 (2007), § 10. Ayrıca bkz. Avrupa Konseyi Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Önlenmesine İlişkin Rehber İlkeler, İlke VII(5).

332 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 9 Ekim 1979 tarihli *Airey v. İrlanda* kararı, [6289/73], §§ 26 ve 35.

MODÜL V

GİDERİM HAKKI VE CEZASIZLIK

HAZIRLIK SORULARI

- Bir insan hakları ihlaline karşı hangi durumlarda devletin giderim yükümlülüğü doğar?
- Mağdur ve zarar gören taraf terimlerinin giderim hakkı bakımından önemi nedir?
- Kimler giderim yükümlülüğü altındadır? Giderim yükümlülüğünün tanımı ve kapsamı nedir?
- Giderim türleri nelerdir? Giderim türlerinin içerik ve kapsamları nelerdir?
- Hangi durumlarda bir giderim türü olarak tazminat devreye girer? Hangi zararlar tazminatın kapsamına girer?
- Tazminat hesabında dikkate alınması mümkün zararlardan biri olarak "yaşam planı" ne anlama gelmektedir?

MODÜL V:

Ağır insan hakları ihlallerinin giderimi hakkı ve cezasızlık

V.1. Genel olarak ihlalin giderimi hakkı

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklere ilişkin insan hakları sözleşmeleri ile uluslararası belgelerde Devletlerin insan hakları ihlallerinin mağdurları ve yakınlarına giderim sağlama yükümlülükleri güvence altına alınmıştır.[333]

Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, sadece özgürlükten keyfi mahrumiyet ve yargısal hata hallerinde açıkça giderim hakkına göndermede bulunmasına rağmen,[334] *İnsan Hakları Komitesi*, giderim sağlama yükümlülüğünün etkili başvuru yolu sağlama genel yükümlülüğünden kaynaklandığını ve *Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi* uyarınca korunan hakların bütününe yayılmış halde olduğunu belirtmiştir. Komite ayrıca "*Sözleşme'deki hakları ihlal edilen bireylere giderim sağlanmadan 2. maddenin 3. fıkrasının etkililiği bakımından asıl olan etkili bir başvuru yolu sağlama yükümlülüğünün yerine getirilemeyeceğini*" vurgulamıştır. [335]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de ağır insan hakları ihlallerinin esaslı önemini dikkate alarak, ihlalin sorumlularının tespiti, cezalandırılması ve şikayetçinin etkili bir katılımını sağlayabilecek tam ve etkili bir soruşturma yapılmasının yanında, uygun *giderim* (*relief*) sağlanmasını da şart koşmaktadır.[336]

Burada cezai yaptırım gerektiren ağır insan hakları ihlalleri bakımından giderim sağlama yükümlülüğünün özellikle gündeme geleceğini belirtmekte yarar bulunmaktadır. Ağır insan hakları ihlali mağdurları aynı zamanda kendileri ya da yakınlarına yönelen bir şiddet suçunun sonucu oluşan ağır zararların etkileriyle de başa çıkmak durumunda kalmaktadırlar. Bu bağlamda giderimin kapsamı ne olmalıdır? İlerleyen konu başlıkları bu sorunun yanıtını netleştirmeyi amaçlamaktadır.

---

333 Uluslararası sözleşmelere örnek olarak Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (2.3, 9.5 ve 14.6. md.); İşkenceye Karşı Sözleşme (13 ve 14. md.); Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (6. md.); Herkesin Zorla Kaybetmelerden Korunması Uluslararası Sözleşmesi (24.md.); Göçmen İşçiler ile Ailelerinin Haklarının Korunması Uluslararası Sözleşmesi (15, 16,18 ve 22. md.); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (13 ve 41. md.); İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi (25, 68 ve 63,1. md.); İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Amerikalılar Arası Sözleşmesi (9. md.). Uluslararası insan hakları belgelerine örnek olarak ise İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (8. md.); Herkesin İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Korunması Bildirisi (11. md.); Ağır İnsan Hakları İhlalleri ile Ciddi İnsancıl Hukuk İhlallerinin Mağdurlarına Başvuru Yolu ve Giderim Hakkına Dair Rehber ve Temel İlkeler ile Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesi için İlkeler Demeti (31 ve devamı İlkeler).

334 Bkz., 9(5) ve 14(6). maddeler.

335 Bkz. İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Mart 2004 tarihli "*Taraf Devletlerin Sözleşme'ye Yönelik Genel Yükümlülüklerinin Niteliğine Dair*" 31 Nolu Genel Yorumu, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, §16.

336 Bkz., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında 26 Ekim 2000 tarihli *Kudła v. Polonya* [BD] kararı, [30210/96], §152; 24 Şubat 2005 tarihli *Khashiyev ve Akayeva v. Rusya* kararı, [57942/00 ve 57945/00] §182; 4 Ekim 2016 tarihli *Cevrioğlu v. Türkiye* kararı, [69546/12], §77; 31 Mayıs 2018 tarihli *Al Nashiri v. Romanya* kararı, [33234/12], § 705; 22 Ekim 2020 tarihli *Roth v. Almanya* kararı, [6780/18 ve 30776/18], §90; ayrıca bkz., *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights*, vol. II, pp. 485 and 490, and vol. III, p. 651.

V.2. Giderim sağlama yükümlülüğünün hukuki niteliği

V.2.a. Genel belirlemeler

Uluslararası insan hakları yargı yerlerinin içtihatları, ciddi insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerine giderim sağlanması yükümlülüğünün uluslararası gelenek hukuku normu olduğu konusunda ısrarcıdırlar. *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi*, giderim sağlama yükümlülüğünün "*Devletin sorumluluklarına ilişkin çağdaş uluslararası hukukun yazılı olmayan temel ilkelerinden birisi olduğunu*", dolayısıyla "*ne zaman Devlete atfedilebilecek yasadışı bir olgu ortaya çıksa, uluslararası bir kuralın ihlali nedeniyle derhal bu Devletin uluslararası sorumluluğu ve bunun sonucunda ihlalin sonuçlarını düzeltme ve durdurma görevinin*" ortaya çıktığını söylemiştir.[337] Ağır İnsan Hakları İhlalleri Mağdurlarının Giderim, Tazminat ve Rehabilitasyon Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Bağımsız Uzmanı, Prof. *Theo Van Boven* ise daha ileri giderek, devletlerin giderim sağlama yükümlülüğünün uluslararası gelenek hukukundan kaynaklanan emredici karakterde (*jus cogens*) bir normu olduğu sonucuna varmıştır.[338]

Yargısız, kısayoldan ya da keyfi infazlara ilişkin BM Özel Raportörü, "*insan hakları ihlallerinin mağdurlarına tazminat ödenmesi görevinin tanınması ve onlara fiilen tazminat verilmesinin Hükümet tarafından her bireyin temel hak ve özgürlüklerine saygı temelinde insan hakları ihlallerine karşı etkili koruma sağlama yükümlülüğünün [...] tanınmasını gerektirdiğini*", bunun da "*tazminat ödenmesi, faillerinin tespit edilmesi ve yargılanması amacıyla insan hakları ihlali iddialarına yönelik soruşturma yükümlülüğüne uyulmasını gerektirdiği*"ni söylemiştir. Özel Raportör'e göre: "*Bununla birlikte mağdurlara veya ailelerine bu tür soruşturmalar başlatılmadan veya sonuçlandırılmadan önce sağlanan mali veya benzeri diğer tazminatlar, Hükümetleri bu yükümlülükten muaf tutmaz*."[339]

V.2.b. Birleşmiş Milletler Başvuru Yolu ve Giderim İlkelerinin konuya katkısı

Uluslararası insan hakları hukuku ile uluslararası insan hakları yargı yerleri tarafından geliştirilmiş olan giderim hakkının çerçevesi, ciddi bir içtihadi birikimin ürünüdür. Bütün bu hukuki araçlar, giderime ilişkin kapsamlı bir külliyat oluşturmuş durumdadır. İşte bu külliyatın sistemli hale getirilmesi ve kodifiye edilmesi amacıyla hazırlanan *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurları için Başvuru yolu ve Giderim Hakkına Dair Temel İlkeler ve Rehber Kurallar* (*Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri*), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından oybirliği ile kabul edilmiştir.[340]

Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri'nin Başlangıç kısmında açıkça "*Uluslararası hukukun, belirli uluslararası suçların faillerini Devletlerin uluslararası yükümlülükleri ve ulusal hukukun gereklilikleri uyarınca ... kovuşturma yükümlülüğü içerdiğini ve kovuşturma ödevinin uluslararası yükümlülüklerin ulusal hukuki gerekliliklere ve usullere uygun olarak yerine getirilmesi gereğini güçlendirerek ulusal ve uluslararası hukukun birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğu anlayışını desteklediği*" ifade edilmiştir.

Aynı şekilde Cezasızlığa Karşı Güncellenmiş İlkeler Demeti bu konudaki bir başka hukuki rehberi oluşturmaktadır. İlkeler Demeti'nin 31. İlkesi, "*İnsan haklarının herhangi bir ihlali,*

337 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında bkz., 29 Ağustos 2002 tarihli *Caracazo v. Venezuela* kararı, Series C No. 95, §76.

338 2 Temmuz 1993 tarihli, "Ağır insan hakları ve temel özgürlükleri ihlallerinin mağdurlarına giderim, tazminat ve rehabilitasyon sağlanması hakkına dair çalışma", UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, of, § 41.

339 Yargısız, kısayoldan ya da keyfi infazlar Özel Raportörü Bacre Waly Ndiaye tarafından İnsan Hakları Komisyonu'nun 1993/71 sayılı kararı uyarınca sunulan 7 Aralık 1993 tarihli rapor, UN Doc. E/CN.4/1994/7, §§ 688 ve 711.

340 BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 2005 tarih ve 60/147 sayılı kararı.

mağdur ya da yakınları bakımından bir giderim hakkı doğurur; Devlet yönünden ise giderim sağlama ödevini ima eder ve mağdur için failden giderim talep etme imkânı sunduğu" hatırlatılmıştır.

Uluslararası insan hakları hukukunda, insan hakları ihlallerinin gerçekleşmesi halinde devletin sorumluluğuna yol açan belli başlı üç durumdan bahsedilebilir:

I. İnsan hakkı ihlali bir devlet yetkilisi tarafından;

II. İnsan hakkı ihlali devlet yetkilisi olmayan, ancak devlet yetkililerinin, denetimi ya da yetkilendirmesi, muvafakati, iş birliği ya da onayıyla gerçekleşmişse ya da devlet-dışı aktör, devlet tarafından devlet yetkilerini uygulamakla yetkilendirilmiş ise;[341] ve

III. Devlet ile doğrudan bağlantısı olmayan bir özel ya da özel hukuk tüzel kişisinin insan haklarını ihlal eden bir fiili işlemesi, ancak belirli bazı koşullar altında yine de devletin bundan sorumlu tutulabileceği bazı durumlar.[342]

İlk iki durumda devletin sorumluluğunun bulunduğunda tartışma yoktur. Üçüncü durumda ise devletin, devlet dışı aktörlerin insan haklarını ihlal eden eylem ve ihmallerine karşı herkesi korumak için önleme ödevi devreye girmektedir.[343] Özellikle bu Rehberin etkili ceza soruşturması yükümlülüğüne ilişkin VI. Modülünde görüleceği gibi giderim yükümlülüğü devletin, ister özel kişiler isterse devlet görevlileri tarafından işlenmiş olsun insan haklarını ihlal eden fillerini ceza soruşturmasının konusu haline getirme yükümlülüğü ile doğrudan bağlantılıdır. Ancak soruşturma yükümlülüğünü de aşan boyutları bulunmaktadır.

Birleşmiş Milletlerin "*Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri*" devlet sorumluluğu kavramına dayanır. Buna karşın, bu ilkelerin kabulüne ilişkin tartışmalar sırasında, özellikle ekonomik güç ve siyasal nüfuz kullanan şirketler ve belli bir coğrafi bölge ve orada yaşayan insanlar üzerinde etkili bir şekilde kontrole sahip olan grup ve hareketlerle ilgili olarak devlet dışı aktörlerin sorumluluğu meselesi de tartışılmıştır. "*Devlet dışı aktörlerin de kendi politika ve uygulamaları dolayısıyla devlet sorumluluğu temelinde değil, hukuki sorumluluk ve insani dayanışma temelinde, mağdurlara giderim ve giderim arama olanağı da tanıyacak şekilde sorumlu tutulması gerektiği*" fikri konusunda görüş birliğine varılmıştır.

Bu nedenle, mağdur merkezli yaklaşıma dayalı bir felsefeyi yansıtan *Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri*'nin kapsamı, uluslararası insan hakları hukukundaki gelişmelere paralel olarak[344] devlet dışı aktörlerin de sorumluluklarını ve yükümlülüklerini içerecek şekilde genişletilmiştir. Bu bağlamda, *Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri*, "*sonucunda ihlalden kimin sorumlu olaca-*

341 Bkz., Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun konuya ilişkin çalışması için bkz., "*Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April- 1 June and 2 July - 10 August 2001*", Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No.10, Extract from the Yearbook of the International Law Commission:-2001 Document: vol. II(2), UN Doc. A/56/10, sayfa 38 ve devamı.

342 İbid. s.39.

343 Bkz. BM İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Mart 2004 tarihli, "*Sözleşmeye Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin Niteliği*"ne dair 31 Nolu Genel Yorumu, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 8; ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında, 16 Haziran 2005 tarihli *Storck v. Almanya* kararı, [61603/00], § 101.

344 Alman hukukundan ödünç alınan "*dritwirkung*" kavramının insan hakları ihlallerinden Devletin sorumluluğuna yönelik üçüncü tarafların etkisi (yatay etki) ile ilgili gelişmelere ilişkin pek çok bilimsel makalenin yanında bkz., Eric Angle: "*Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*", Hanse Law Review, Hanse Law School Publication , Oldenburg -2009 Vol. 5 No.2, p. 165 vd.; Javier Mijangos y González: "*The doctrine of the Drittwirkung der Grundrechte in the case law of the Inter-American Court of Human Rights*", Universidad Carlos III de Madrid (Spain), Barcelona – 2008, InDret 1/2008; Reyhan Sunay: "*İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu*", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya–2015, Cilt. 23, Sayı 1, s.9 vd.

ğından bağımsız eşit ve etkili bir şekilde adalete erişim hakkını" (*İlke 3(c)*), tanımaktadır. Ayrıca, "*bir kimse, tüzel kişi ya da başka bir kuruluşun mağdura giderim sağlamaktan sorumlu tutulduğu hallerde, söz konusu taraf mağdura giderim sağlamalı, ya da giderimin devlet tarafından sağlanmış olması halinde devlete tazminatın*" geri ödenmesi gereği de (*İlke 15, son cümle*), öngörülmüştür. [345]

Özetlemek gerekirse, devletin insan haklarını güvence altına alma ödevinin *ağır insan hakları ihlali mağdurlarıyla* bağlantılı bazı sonuçları doğurduğu söylenebilir:

- Devletler, insan hakları ihlalinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirebilmek bakımından her türlü hukuki, idari vb. diğer tedbirleri almak ve tüm yürütme erkini buna uygun bir şekilde örgütlemek zorundadır.
- Bunun bir sonucu olarak, insan hakları ihlallerini soruşturma ve gerçeği ortaya çıkarma; ağır insan hakları ihlali faillerini adalet önüne çıkarma ve mağdurlara ve yakınlarına giderim sağlama ödevi de yukarıdaki yükümlülüğün bir türevi olarak ortaya çıkar.

İnsan haklarını güvence altına almaya yönelik yukarıda belirtilen farklı nitelikteki devlet yükümlülükleri birbirini tamamlayıcı niteliktedir ve biri diğerinin yerine geçecek şekilde kullanılamazlar. Yine aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere, farklı giderim yöntemleri de genellikle birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğundan bir arada düşünülmelidir.

Devletlerin insan haklarından yararlanmayı "etkili" bir şekilde güvence altına alma yükümlülüğü, bazı durumlarda bireysel hak ve özgürlükleri ihlal edilen mağdurların dışına da taşabilir. Bu yükümlülükler herhangi bir önkoşula tabi değildir ve mağdurlar şikayetlerini geri çekmiş olsalar bile ortadan kalkmaz; devam eder.

Devletin ağır insan hakları ihlallerini önlemeye yönelik genel yükümlülüğünün bir başka yönü mağdurlarının hakikati öğrenme hakkı; adalet hakkı ve giderim haklarının devreye girmesine neden olmasıdır. Yukarıda sözü edilen, *etkili başvuru* ve *giderim sağlama*; *insan hakları ihlallerini soruşturma* ve *hakikati ortaya çıkarma*; ağır insan hakları ihlali faillerini adalet önüne çıkarma ve mağdurlara giderim sağlamayı gerektiren devlet yükümlülükleri, hakikati öğrenme, adalet ve giderim haklarının karşılığıdır. Bu anlamda giderim hakkıyla doğrudan bağlantılı "*mağdur*" ve "*zarar*" kavramlarının doğasının daha iyi anlaşılmasına ihtiyaç bulunuyor.

V.3. "Mağdur" ve "zarar gören taraf" ayrımları

V.3. a. Mağdur kavramının ve ayrımlarının belirlenmesi

Uluslararası hukukta giderim hakkına sahip olanlar asıl olarak mağdurlardır. Mağdur kavramı, Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurları için Başvuru yolu ve Giderim Hakkına Dair Temel İlkeler ve Rehber Kurallar'ın (Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri) 8. ilkesinde düzenlenmiştir. Buna göre mağdur şu şekilde tanımlanmıştır:

«Bu belgenin amaçları bakımından mağdur, ağır uluslararası insan hakları ihlali ya da ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlali oluşturan eylem ya da ihmaller nedeniyle, bedensel veya zihin-

345 Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri'nin hazırlık sürecinde yürüyen tartışmaların da dahil olduğu hukuki bir şerh niteliğinde olan çalışması için bkz., Theo van Boven: "*The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian law*", United Nations Audiovisual Library of International Law, p.3.

sel yaralanma, duygusal ıstırap, ekonomik zarar veya temel haklarının önemli ölçüde zarar görmesi dahil, bireysel veya toplu olarak zarar görmüş kişidir...»

Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri'nin 8. ilkesinin 2. cümlesi ayrıca:

«... Uygun olduğunda ve iç hukuka uygun olarak "mağdur" terimi, doğrudan mağdurun yakın ailesini veya bakmakla yükümlü olduğu kişileri ve mağdurun sıkıntılarını ve mağduriyetlerini engellemek için müdahale ederken ya da yardım ederken zarar gören kişileri de içerir», demektedir.[346]

Görüldüğü üzere mağduriyet kavramı hem doğrudan hem dolaylı mağduru[347] kapsayacak genişlikte, köşeleri belirsiz tutulmuş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu belirsizlik özellikle uluslararası insan hakları belgelerinde genel olarak mağdur kavramının giderime hakkı olan anlamındaki mağdurla örtüşmediğinde sıkıntılı bir hal almaktadır. Uluslararası insan hakları hukukunda bazı durumlarda ilgili birey "mağdur" olarak nitelenmediği halde "zarar görmüş" olduğundan giderim hakkına sahip olabilir. Ayrıca, zarara uğrayan kişi bir insan hakları sisteminde mağdur kabul edilirken, başka bir sistemde mağdur olarak da görülmeyebilir. Buna karşın her iki sistemde de giderim hakkına sahip olabilir. Dolayısıyla insan hakları hukukunda "mağdur" kavramı, giderim hakkı olan kişiler kavramından daha dar kapsamlıdır. Bu kapsam farkı, giderim sağlama yükümlülüğü ile ilgili olarak "*mağdur*" yerine "*zarar gören taraf*" kavramını tercih eden İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 41. ve İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin 63. maddelerinde de gözlemlenebilir.[348]

V.3.b. Zarara uğrama kavramı

Birleşmiş Milletlerin *Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri*, salt ağır insan hakları ihlalleriyle ilgili gündeme gelmez; aynı zamanda tüm uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri için giderim sağlama yükümlülüğüyle ilgili genel ilkeleri de belirginleştirmiştir. Herhangi bir insan hakkı ihlalinden kaynaklı giderim sağlama yükümlülüğü, ilkesel olarak ihlalin sonuçlarından bağımsız salt ihlalin gerçekleşmesinin doğrudan bir sonucudur.

Buna karşın tazminat yükümlülüğü ise bir zarara uğranılmış olmasına bağlıdır. İnsan haklarının asıl olma niteliği ve bir kimsenin refahının ve esenliğinin korunmasının asgari standardını oluşturduğu göz önüne alındığında, her insan hakkı ihlali, mağdurların zarara uğramasına yol açar. En azından mağdurlar haksızlığa uğrarlar. İnsan hakları ihlallerinin mağdurların zarara uğramasına neden olduğu, en azından haksızlığa uğramalarına yol açtığı anlayışı, Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri'nin 8. ilkesinin de temelini oluşturur. Bu ilke "mağdur" kavramını tanımlarken onu "bireysel ya da toplu zarara uğrayan" kimse olarak nitelemiş ve 'zararı', bireyin "*bedensel veya zihinsel yaralanma, duygusal ıstırap, ekonomik zarar*" görmesi şeklinde ifade etmiştir. Zararın niteliği sorununun netleştirilmesi, giderim hakkı ve giderim

346 Ayrıca bkz., Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel İlkeler Bildirisi, §§ 1-2; ile bkz., bu ilkelerin uygulamacılarca hayata geçirilmesine dair *Guide for Practitoners Regarding Implementation of the Decleration of Basic Prunciples on Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, UN Doc. A/CONF.144/20 Annex; Benzer bir tanım Avrupa Konseyi Ciddi İnsan Hakları İhlalleri Bakımından Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Rehber İlkeler'in II.5. maddesinde de öngörülmüştür.

347 Burada dolaylı mağdur: insan hakları hukuku ihlaline yol açtığı iddia edilen bir olgudan doğrudan etkilenmemiş olmakla birlikte doğrudan mağdur ile arasındaki yakın ve özel bir kişisel bağın varlığı dolayısı söz konusu olgudan olumsuz etkilenmiş kişiler anlamında kullanılmıştır. Bu yakın ve özel kişisel bağ, bir aile bağı olabileceği gibi belirli bazı durumlarda üçüncü kişiler ile doğrudan mağdur arasında çok yakın ve özel bir bağ söz konusu olabilir. Dolaylı mağdurun giderim hakkı, doğrudan mağdura yönelik ihlaline bağlı ve onun sonucunda dolaylı mağdur üzerinde maddi kayıp ve/veya manevi acı ve ıstıraba yol açması, başka bir deyişle ikincil zararlara neden olması durumunda gündeme gelecektir.

348 Mağdur kavramı ile "*zarar gören taraf*" kavramının olaya nasıl uygulandığına ilişkin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararları için bkz. 8 Temmuz 1999 tarihli *Çakıcı v. Türkiye* kararı, [23657/94], § 130 son; 18 Aralık 1996 tarihli *Aksoy v. Türkiye* kararı, [21987/93], § 113.

usulleri bakımından hayati öneme sahiptir, çünkü sağlanacak giderimin çeşidi ve miktarı zararın belirlenmesiyle doğrudan bağlantılıdır. Giderimin, uğranılan zarar ile orantılı olması ve uğranılan zararı ortadan kaldıracak yeterlilikte olması gerekir. Ağır insan hakları ihlali vakalarında ilke olarak zararın gerçekleştiği varsayılmalıdır.

V.4. Giderim türleri

V.4. a. Genel belirlemeler

Devletlerin bir uluslararası hukuk kuralı ihlalinden kaynaklanan o ihlalin sonuçlarının giderimi yükümlülüğünün esasına yönelik ilk tespit, Birleşmiş Milletler'in öncülü olan Milletler Cemiyeti'nce kurulmuş Uluslararası Daimî Adalet Divanı'nın *Chorzów Fabrikası* davasında verdiği 27 Temmuz 1927 tarihli kararda yapılmıştır. Uluslararası Daimi Adalet Divanı, giderim yükümlülüğünün hukuki dayanağını belirlerken şu tespitte bulunmuştur:

«Bir [uluslararası] sorumluluğun ihlalinin, yeterli bir giderimin sağlanmasını gerektirmesi bir uluslararası hukuk ilkesidir. Bu nedenle, giderim, [uluslararası] sözleşme [hükmüne] aykırılığın vazgeçilmez bir tamamlayıcısıdır ve bunun sözleşmede ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.»[349]

Chorzów Fabrikası kararının önemi, uluslararası hukukta meydana gelen bir ihlalin, sonuçlarının gideriminin gerektiği kuralının uluslararası gelenek hukukunun genel bir normu olduğunu ortaya koymuş olmasıdır.

Devletlerin insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerini giderme yükümlülüğü bulunduğu konusunda, bu yükümlülüğü açıkça ortaya koyan herhangi bir sözleşme hükmü olmasa bile, bu ihlal giderilirken hangi yöntemin kullanılacağı sorusunun yanıtı başka bir sorunu oluşturmaktadır. İhlalin giderim yöntemleri, ihlal edilen hakkın hukuki niteliği, ağırlığı, verilen zarar veya etkilenen kişilere göre değişebilir.

Giderim, gerçekleştirilen ihlalin onarımı bakımından birçok farklı çözüm şeklini içine alan bir şemsiye kavramdır. Genellikle bu çözümlerin birden fazlasının bir arada bulunmasının olası olduğunu söylemek mümkündür. *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun Cezasızlığa İlişkin Bağımsız Uzmanı Diane Orentlicher*, benzer şekilde etkili bir giderim programının önemli özelliklerinden birinin onun *kapsayıcılığı* olduğunu vurgulamıştır.[350]

İnsan Hakları Komitesi de benzer şekilde, giderimin "eski hale iade, rehabilitasyon ile insan hakları ihlallerinin faillerini adalet önüne çıkarmanın yanı sıra kamusal özürleri, kamuya açık anıtlar yapılması, yinelememe güvenceleri ile ilgili yasa ve uygulamalardaki değişiklikler gibi tatmin tedbirlerini" kapsayabileceğini belirtmiştir.[351]

Aynı doğrultuda, İşkenceye Karşı Komite, İşkenceye Karşı Sözleşme 'nin 14. maddesinde yer alan "giderim" (redress) teriminin, "*eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve yinelememe güvencelerini kapsadığını ve Sözleşme ihlalinin giderilmesi için gerekli tedbirler bütününe atıf yaptığını*" vurgulamıştır.[352] Benzer şekilde, Avrupa Konseyi'nin, Ciddi İnsan Hakları İhlal-

349 Bkz., Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21; and ibid., Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 29. Ayrıca daha ayrıntılı bir hukuki değerlendirme için bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca kabul edilen, "*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*", Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Chapter Two.

350 Independent Study on Impunity, UN Doc E/CN.4/2004/88 (2004), § 60.

351 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin Niteliği'ne ilişkin 31 Nolu Genel Yorum, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), §16.

352 İşkenceye Karşı Komite'nin, Sözleşme'nin 14. maddesinin Taraf Devletler tarafından Uygulanmasına dair 3 Nolu Genel Yorum, UN Doc. CAT/C/GC/3 (2012), § 2.

lerinde Cezasızlığı Ortadan Kaldırmaya İlişkin Kılavuz İlkeleri de giderimin "*rehabilitasyon, tazminat, tatmin, eski hale iade ve yinelememe güvencelerini*" içerebileceğini belirtmektedir.[353]

V.4. b. Süregelen ihlalin durdurulması

Uluslararası yükümlülüklerin ihlali yetkili bir insan hakları organı tarafından tespit edildiğinde ve ihlalin süregelen bir karakteri olması halinde, ihlale yol açan koşulların sona erdirilmesi uluslararası hukukun kabul edilmiş genel kurallarının mantıksal sonucudur. Dolayısıyla o ihlali durdurmak (*cease*) ihlalin temelini oluşturan "*haksız fiilin sonuçlarının ortadan kaldırılmasının ilk koşuludur*".[354] Ayrıca uluslararası nitelikteki bir haksız fiilden sorumlu devletin söz konusu eylemi sonlandırma yükümlülüğü, uluslararası hukukun yerleşik bir kuralıdır.[355] Bu anlamda uluslararası hukuk uyarınca, ilgili Devletin mevcut bir ihlali sona erdirme yükümlülüğünden söz edebilmek için iki temel koşulun bir arada bulunması zorunludur: "*haksız fiilin devam eden bir niteliğe sahip olması ve kararın verildiği tarihte ihlal edilen kuralın yürürlükte olması*".[356]

İhlalin *durdurulması*, giderimin tatmin olarak adlandırılan türünün bir parçasını oluşturur.[357] Bununla birlikte ihlalin durdurulması bir yönüyle tatminden çok eski hale getirme ile de örtüşmektedir; özellikle de haksız ve keyfi tutukluluk[358] ile keyfi mülkiyetten yoksun bırakma durumlarında giderimin eski hale iade yönü daha da belirgindir. İkisi arasındaki temel fark eski hale iadenin aksine ihlalin durdurulması, ölçülülükle ilgili sınırlamalara tabi değildir: oysa eski hale iade, ancak eski duruma dönmenin fiilen mümkün olması veya giderim sağlamak zorunda olan Devlete aşırı bir yük yüklememesi durumunda geçerli olabilirken, her durumda derhal uyulması gereken ihlali durdurma ödevi benzer sınırlamalara tabi değildir.[359]

V.4.c. Eski hale iade

Eski hale iade, ihlale yol açan eylemin sonuçlarını ihlal öncesine çevirmek ya da ortadan kaldırmak anlamına gelmektedir. Giderimin birincil hedefi, giderimin mantığı gereği ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırarak, mağdurun durumunu eski hale iade etmektir. *Chorzów Fabrikası* kararında eski hale iade (*restitutio in entegrum*) şu şekilde açıklanmıştır:

«Hukuka aykırı eylem kavramının –uluslararası uygulamalarla ve özellikle tahkim mahkemelerinin kararlarıyla ortaya çıktığı görülen– içerdiği temel ilke, giderimin mümkün olduğu ölçüde

---

353 Avrupa Konseyi, *Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Kılavuz İlkeler*, Kılavuz İlke XVI.

354 Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca kabul edilen, "*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*", Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Chapter Two – Article 30 (a), p.88.

355 Uluslararası Adalet Divanı'nın 4 Temmuz 2004 tarihli "*İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşaatının Hukuki Sonuçları*"na dair *Danışma Görüşü*, § 150.

356 *Bkz., "Rainbow Warrior" Tahkim Mahkemesi'nin* 30 Nisan 1990 tarihli *"Yeni Zelanda ile Fransa arasında 9 Temmuz 1986 tarihinde sonuçlanan Rainbow Warrior Olayından kaynaklanan iki Devlet arasındaki sorunlarla bağlantılı İki Anlaşmanın Yorumuna ya da Uygulanmasına ilişkin farklılıklara dair Tahkim Davası" kararı,* Recueil de sentences arbitrales, Volume XX, p 217, § 114.

357 Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri'nin 22(a) ilkesi.

358 Bkz., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğer bir dizi kararının yanında 20 Kasım 2018 tarihli *Selahattin Demirtaş v. Türkiye* (No.2 -2. Daire kararı), [14305/17], §§ 280 vd.; 10 Aralık 2019 tarihli *Kavala v. Türkiye* kararı, [28749/18], §§ 238-240; 20 Mart 2018 tarihli *Şahin Alpay v. Türkiye* kararı, [16538/17], §§ 193-195.

359 Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca kabul edilen, "*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*", Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Chapter Two – Article 30 (a), p.88, § 1.

hukuka aykırı eylemin tüm sonuçlarının ortadan kaldırması ve eylem gerçekleşmemiş olsaydı, muhtemelen ne durumda olacaksa, o durumu yeniden oluşturulmasıdır.»[360]

Kararda belirtilen ihlalden *önceki durumun* (*status quo ante*) yeniden inşası, ihlal gerçekleşmemiş olsaydı mevcut olacak durum anlamına gelir. Uluslararası hukukta bu kuralın kabul edilen bir istisnası, eski hale iadenin fiilen mümkün olmaması ya da tazminata oranla eski hale iadenin getireceği yükün sağlayacağı yarara oranla çok ağır olması" durumudur.[361] Dolayısıyla eski hale iade, ölçüsüz bir çaba ya da ağır bir maddi yük getiriyorsa, Devletler ihlalin giderimi açısından tazminat ödemekle yetinebilir.

İşkenceye Karşı Komite, *3 No'lu Genel Yorumunda*, eski hale iade kavramını yorumlarken, eski hale iadenin öncelikle mağdurun yeniden işkence riski altına gireceği bir duruma bir daha sokulmaması bakımından ihlalin yapısal nedenlerine eğilinmesi gereğine vurgu yapmıştır.[362] Bu cümleden çıkarılabilecek sonuç, eski hale iadenin niteliği gereği ihlalin yinelenmemesi güvencelerini de kapsadığıdır.

Benzer bir şekilde *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*, işkence ve kötü muameleye dair bir karar verdiğinde, bu karar ilgili Devleti ihlale son verme yükümlülüğünün bir sonucu olarak ihlalin bütün sonuçlarını ortadan kaldırmayı gerektirdiğini, başka bir ifadeyle eski hale iadenin (*restitutio in integrum*) asıl giderim türü olduğu tespitinde bulunmuştur:

«Mahkeme, [...] ihlal tespit eden bir kararının, davalı Devleti, ihlale son verme ve mümkün olduğunca ihlalden önceki mevcut eski duruma dönülecek şekilde ihlalin sonuçlarını giderme hukuki yükümlülüğü altına soktuğu sonucuna varmıştır.»[363]

Eski hale iade ilkesinin asıl amacı, Sözleşme'ye aykırılığın –mümkün olduğunca– tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması ve ihlal öncesi duruma (*status quo ante*) geri dönülmesidir. Ancak yaşam hakkı ya da işkence yasağı örneğinde olduğu gibi ihlalin niteliği gereği önceki duruma geri dönülebilmesi çoğu durumda mümkün değildir.[364] Mahkeme *König v Almanya* (*adil tatmin*) kararında, makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ilişkin tespiti bağlamında ihlalin doğasının eski hale iadeye imkân vermediğini, bu durumda ortaya çıkan zararın giderimi için tek yolun "*adil tatmin*" isteminde bulunmak olduğunu belirtmiştir.[365]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, uzun süre boyunca, bu kararının nasıl uygulanacağına ilişkin bir açıklamaya girişmemiştir:

---

360 Bkz., Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment (Merits-Claim for Indemnity) No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 47.

361 Bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca kabul edilen, "*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*", Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Chapter Two – Article 35 (b), p.96.

362 Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Komite, "*14. Maddenin Taraf Devletlerce Uygulanması*"na dair 3 Nolu Genel Yorum, UN Doc. CAT/C/GC/3, §8.

363 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 31 Ekim 1994 tarihli *Papamichalopoulos ve Diğerleri v. Yunanistan* (50. madde) kararı, [14556/89], § 34; ayrıca diğerleri arasında 23 Ocak 2001 tarihli *Brumărescu v. Romanya* (adil tatmin) [GC] kararı, [28342/95], § 19.

364 Bkz., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 14 Şubat 2002 tarihli *Abdurrahman Orak v. Türkiye* kararı, [31889/96], §§ 103 ve devamı. Mahkeme bu kararında yaşam hakkı ihlal edilen mağdurun eşi ve çocuğunun destekten yoksun bırakılmasının bir karşılığı olarak tazminat ödenmesine karar vermiştir. Ancak başvuruculardan mağdurun babasına ilişkin olarak dosyada müteveffa oğlunun babasına böyle bir desteğinin bulunduğuna dair veri olmaması nedeniyle bu yöndeki talebi reddetmiştir.

365 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 10 Mart 1980 tarihli *König v. Almanya* (50. madde) kararı, [6232/73], § 15. Ayrıca *restitutio in integrum* ilkesine yönelik ayrıntılı yorumları için bkz Büyük Daire yargıçları *Rozakis*, *Spielmann*, *Ziemele* ve *Lazarova Trajkovska*'nın 27 Kasım 2008 tarihli *Salduz v. Türkiye* [BD] kararındaki, [36391/02], ortak ayrı görüş şerhi.

«Eğer eski hale iade (restitutio in integrum) fiilen imkansızsa, davalı Devlet, Mahkeme'nin ihlal kararına uymak için başvuracağı araçları seçmekte özgürdür ve Mahkeme bu konuda açıklayıcı emir vermez ya da bildirimde bulunmaz. Bu bağlamda kararlara uygunluğun denetimi yetkisi, Sözleşme'nin 54. maddesi uyarınca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne aittir.»[366]

Sonrasında ortaya çıkan önemli bir gelişme, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin önceki kısıtlayıcı yaklaşımını terk etmeye zorlamıştır. İlk olarak, Avrupa Mahkemesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 12 Mayıs 2004 tarihinde kabul ettiği üye Devletlere "*iç giderim yollarının iyileştirilmesine*" dair (2004)6 sayılı Tavsiye Kararı'nın 13 ve devamı paragrafında işaret etmesi[367] üzerine İçtüzüğünde değişiklik yaparak "*pilot karar*" usulü getirmiş ve gelecekte benzer ihlalleri önlemek için İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 46. maddesi uyarınca Devletlerin almaları gereken genel tedbirlere işaret etmeye başlamıştır.[368]

Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri, eski hale iadeyi şu şekilde tanımlamaktadır:

"Eski hale iade, mümkün olan her durumda, mağduru, uluslararası insan haklarının veya insancıl hukukun ağır ihlali gerçekleşmeden önceki özgün durumuna getirmelidir. Eski hale iade, uygulanabildiği ölçüde şu tedbirleri içerir: özgürlüğün iadesi, insan haklarından, kimlik, aile hayatı ve vatandaşlık haklarından yararlanma, kişinin ikamet yerine geri dönmesini sağlama, işine geri dönmesini sağlama ve mülkünün iadesi."[369]

Ancak eski hale iadeye ilişkin tedbirler bununla sınırlı değildir. Tüketici olmayan eski hale iade biçimleri aşağıda sıralanmıştır:

- Ceza yargılamasının yinelenmesi;[370]
- Adil olmadığı tespit edilmiş mahkumiyetin ortadan kaldırılması;[371]
- Kişinin ikamet yerine geri dönmesi;[372]
- Kişinin eski işine ya da benzeri bir başka pozisyona iadesi;[373]
- Mülkiyetinin iadesi.[374]

366 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 24 Nisan 1998 tarihli *Selçuk ve Asker v. Türkiye* kararı, [23184/94 ve 23185/94], § 125; 24 Temmuz 2003 tarihli *Yöyler v. Türkiye* kararı, [26973/95], § 124.

367 Ayrıca bkz., Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 12 Mayıs 2004 tarih ve Res(2004)3 sayılı kararı ve 12 Mayıs 2004 tarih ve Rec(2004)6 sayılı Tavsiye kararının 4. paragrafı.

368 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 22 Haziran 2004 tarihli *Broniowski v Polonya* [BD] kararı, [31443/96], §§ 189 ve devamı; ayrıca Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca Mahkeme'nin pilot karar usulüne ve ihlalin giderimi için alınması gereken tedbirlere yönelik daha kapsamlı değerlendirmeleri için diğerlerinin yanında yeni tarihli kararları için bkz., 30 Ocak 2020 tarihli *Sukachov v. Ukrayna* kararı, [14057/17], §§ 134 ve devamı; 30 Ocak 2020 tarihli *J.M.B. ve Diğerleri v. Fransa* kararı, [9671/15, 9674/15 ve 9679/15...], §§ 314 ve devamı; 28 Ocak 2020 tarihli *Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [30226/10 5506/10], §§ 239 ve devamı.

369 Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri, ilke 19.

370 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 18 Mayıs 2004 tarihli *Somogyi v. İtalya* kararı, § 86; 24 Mart 2005 tarihli *Stoichkov v. Bulgaristan* kararı, § 81.

371 Bkz., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının infazını denetleyen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin karar Res DH(2004)13 sayılı kararı; *Dorigo Paolo v. İtalya* kararıyla ilgili DH(99)258 sayılı kararı ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni ihlal eden yargılamaların yeniden görülmesine ilişkin DH(2002)30 (2002) genel kararı.

372 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 5 Nisan 2002 tarihli *Jiménez Vaca v. Kolombiya* kararı [859/1999], UN Doc. CCPR/C/74/D/859/1999, §9.

373 İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 2/3. maddesi anlamında etkili bir çözüm sağlamak için yetkililerin, kişiyi işine veya benzer bir işe iadesini sağlaması gerektiğine karar vermiştir. Bkz., İnsan Hakları Komitesi'nin 19 Eylül 2003 tarihli *Busyo v. Demokratik Kongo Cumhuriyeti* kararı, [933/2000], UN Doc. CCPR/C/78/D/933/2000 (2003), § 6.2; ayrıca bkz., 1 Ağustos 1997 tarihli *Nyekuma Kopita Toro Gedumbe v. Demokratik Kongo Cumhuriyeti* kararı, [641/1995], UN Doc. CCPR/C/75/D/641/1995 (1997), § 6.2.

374 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 22 Eylül 1994 tarihli *Hentrich v Fransa* kararı, [13616/88], § 71. Ayrıca bkz. 31 Ekim 1995 tarihli *Papamichalopoulos ve Diğerleri v. Yunanistan* (50. madde) kararı, [14556/89], § 38; 23 Ocak 2001 tarihli *Brumarescu v. Romanya* [BD] kararı, [28342/95], § 22.

V.4.d. Tazmin

Birleşmiş Milletler *Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri*'nin 20. ilkesi, ağır insan hakları ihlallerinin giderim yükümlülüğünün bir parçası olan tazmin yükümlülüğüne ilişkin uluslararası insan hakları yargı yerlerinin uygulama ve içtihadını özetleyerek aşağıdaki şekilde düzenlemiştir:

"Uluslararası insan hakları hukukunun ağır ihlali ve ciddi insancıl hukuk ihlallerinden kaynaklanan, aşağıdaki gibi, ekonomik olarak ölçülebilecek zararlar için, ihlalin ağırlığına ve her davanın koşullarına uygun ve ölçülü olarak tazminat sağlanmalıdır:

a. Bedensel veya zihinsel zararlar;

b. İstihdam, eğitim ve sosyal yardımlar dahil olmak üzere kaybedilen fırsatlar;

c. Maddi zararlar ve potansiyel kazanç kaybı dahil kazanç kaybı;

d. Manevi zarar;

e. Hukuki veya uzman yardımı, ilaç ve sağlık hizmetleri ile psikolojik ve sosyal hizmetler için gereken masraflar."

Tazminat kavramı, ulusal mevzuat ve uygulamalarda çeşitli şekillerde uygulanmaktadır. Tazminat ister maddi ya da manevi, isterse parasal karşılığı olmayan belirli maddi zararlar olsun, ekonomik ya da parasal ödeme sağlamayı amaçlayan belirli bir giderim şekli olarak anlaşılmalıdır.

Bu anlamda, insan hakları sözleşmelerinin bazıları, insan hakları ihlalleri için açık bir bireysel "*tazminat*" hakkını öngörür; diğerlerinde ise tazminat hakkı, "*giderim*" veya "*adil tatmin*" gibi başka kavramlar yoluyla da dile gelmektedir. Bazı düzenlemelerde "*tazminat*" hakkı açıkça öngörülmüştür.[375] Ancak yukarıda alıntılanan *Chorzów Fabrikası* kararında da ifade edildiği gibi bazı belgelerde açıkça belirtilmese de uluslararası gelenek hukukunun yerleşik bir normu olarak, insan hakları ihlalleri de dahil olmak üzere, bir ihlalin sonuçlarının giderimi yükümlülüğünün mantıksal sonucu tazmin sorumluluğunu da gündeme getirmesidir.[376]

V.4.d.i. Maddi Tazmin

İnsan hakları ihlallerinin ekonomik sonuçları doğası gereği o kadar çok ve çeşitlilik gösterir ki, bütün maddi kayıp türlerinin kapsayıcı bir sınıflandırmasını yapmak mümkün görünmemektedir. Uluslararası insan hakları organlarının ürettikleri içtihatlarda, mağdurların maruz kaldığı aktüel kayıpların yanında somut dayanakları varsa gelecekte oluşması muhtemel kayıplarının tespit edilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir. Belirtildiği gibi bu çeşitlilik ve tüketici bir listeleme yapma zorluğu nedeniyle bu konudaki içtihadi birikim sürekli bir evrim içindedir. İçtihatlarda, ihlal tespitine bağlı giderim koşulları sağlandığı, yani ihlal ile zarar arasında nedensellik ilişkisi kurulabildiği, ekonomik olarak değerlendirilebilecek kayıpların maddi içerikleri makul bir şekilde temellendirilebildiği ölçüde hiçbir zararın tazminat kapsamı dışında bırakılmamaya çalışıldığı anlaşılmaktadır.

375 İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 14. maddesi; Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, 75(1). maddesi; Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri, 19. madde; Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri Bildirisi, 12. ilke.

376 Genel tazminat yükümlülüğünün ötesinde, birçok antlaşma hukuka aykırı tutma, gözaltına alma veya mahkûmiyet için tazminat ödenmesine ilişkin uluslararası teamül hukuku kuralını da içermektedir: Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, madde 9/5; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, madde 5/5; İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi, madde 10.

Çoğu zaman maddi zararın varlığını kesin rakamlarıyla kanıtlamak imkânsız olduğundan, tazminat ödenmesine yönelik hüküm verilirken, mağdurların maddi zararlarını ispatlaması, zararın kesin ve ayrıntılı delillerini sunması koşuluna bağlanamaz. Mağdurun makul gerekçeler göstermesi koşuluyla ayrıntılı bilgi, belge sunamaması halinde, tazminat hakkaniyete uygunluk ilkesi uyarınca belirlenir.[377]

Tazmin yükümlülüğü denilince ilk akla gelen tazminat türü, maddi zararların tazmini; yani insan haklarının ihlal edilmesinin sonucu başvurucuların ekonomik kayıplarının giderilmesidir.

İhlaller, halen mevcut güncel kayıplara ya da bununla birlikte gelecekteki kazanç, taşınır ve taşınmaz mal kayıplarından hukuki yardım, soruşturma ya da dava takip giderlerine, tıbbi ve psikolojik yardımdan kaynaklanan maliyetlere kadar kısa ve uzun vadeli zarar ya da kayıplara neden olabilir. Dolayısıyla bu kayıpların giderilmesi bakımından maddi tazminat uygun bir giderim yöntemidir.

V.4.d.i.1.Kazanç kayıpları

Uluslararası insan hakları yargı yerlerinin içtihatları mağdurların kazanç kayıplarının karşılanması için tazminat ödenmesi konusunda ortaklaşmaktadır.

İnsan hakları ihlalinin iş kaybına neden olduğu durumlarda, İnsan Hakları Komitesi, tazmin edilecek miktarı kendisi hesaplamak yerine yetkililerin, mağdurun alacağı maaşlara dayanarak kazanç kaybını tazmin etmeleri gerektiğini söylemiştir.[378]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de önüne gelen pek çok başvuruyla ilgili olarak verdiği kararlarda "başvurucunun iddia ettiği zararlar ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ihlali arasında açık bir nedensellik bağı bulunması gerektiğini ve bunun, uygun olduğunda, kazanç kaybına ilişkin tazminatı da içermesi gerektiğini" vurgulamaktadır.[379]

Yine maddi zararlar bakımından, ihlalin neden olduğu maddi zararın niteliği gereği belirsiz olması karşısında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, halihazırda mevcut ve gelecekte uğranılması muhtemel maddi zararlara karşılık, hakkaniyet esasına göre maddi tazminata hükmetmekte duraksama göstermemektedir.[380]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi *Isayeva v. Rusya* kararında, başvurucunun Sözleşme'nin 2. maddesi ihlal edilerek oğlunun öldürülmesiyle kendisine sağlayabileceği maddi destek kaybı arasında nedensellik bağı bulunduğu yönündeki argümanını kabul ederek, başvurucu oğlu öldürülmemiş olsaydı hayatının geri kalanında gelirinin üçte birini kendisine destek olmak için harcayacağını ileri sürmüş ve Rusya'daki ortalama yaşam beklentisi temelinde

377 Bkz., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında adil tatmini gündeme getirdiği kararı için bkz., 13 Temmuz 2006 tarihli *Doğan ve Diğerleri v. Türkiye* (Adil Tatmin) kararı, [8803/02 8804/02 8805/02...], §§ 56-57

378 İnsan Hakları Komitesi'nin bu yöndeki bazı kararları için bkz.,: *Busyo v. Demokratik Kongo Cumhuriyeti*, UN Doc. CCPR/C/78/D/933/2000 (2003), § 6.2; *Nyekuma Kopita Toro Gedumbe v. Demokratik Kongo Cumhuriyeti*, UN Doc. CCPR/C/75/D/641/1995 (1997), § 6.2; *Adimayo M. Aduayom ve Diğ. v. Togo*, UN Doc. CCPR/C/51/D/422/1990, 423/1990 ve 424/1990 (1996), § 9; *Félix Enrique Chira Vargas-Machuca v. Peru*, UN Doc. CCPR/C/75/D/906/2000 (2002), § 9.

379 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında 8 Temmuz 1999 tarihli *Çakıcı v. Türkiye* kararı, [23657/94], § 127; 24 Nisan 1998 tarihli *Selçuk ve Asker v. Türkiye* kararı, [23184/94 ve 23185/94], § 112; 18 Haziran 2002 tarihli *Orhan v. Türkiye* kararı, [25656/94], § 430; 24 Nisan 2003 tarihli *Aktaş v. Türkiye* kararı, [24351/94], § 352; 17 Şubat 2004 tarihli *İpek v. Türkiye* kararı, [25760/94], §§ 229, 231 ve 233.

380 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğer kararlarının yanında bkz., 25 Temmuz 2000 tarihli *Lustig-Prean ve Beckett v. Birleşik Krallık* (Madde 41) kararı, [31417/96 ve 32377/96], §§ 22-23 ve ayrıca bkz, yukarıda anılan *Orhan v. Türkiye* kararı, § 431-434; *Aktaş v. Türkiye* kararı, § 353; *İpek v. Türkiye* kararı, § 224.

söz konusu destekten yoksunluk toplamını, Rusya'da yıllık %15 enflasyonu da dikkate alıp, oğlunun muhtemel gelirinin %30'u düşülerek 6.210 Avro olarak hesaplamıştır.[381]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de kazanç kaybına ilişkin oldukça ayrıntılı hesaplama ölçütleri geliştirmiştir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, kazanç kayıpları bakımında, mağdurun ihlal öncesi kazancı dikkate alınmalıdır.[382] Yaşam hakkı ihlali söz konusu olduğunda mağdurun akrabaları ya da ilgili diğer kimselere tazminat ödenmesi bakımından, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, tazminatın hesabı için bir dizi ölçüt belirlemiştir:

- tazminat talebinin, hukuki bir yükümlülüğe dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın, mağdurun başvurucuya yaptığı etkin ve düzenli katkılara dayanıp dayanmadığı;
- mağdur ile başvurucu arasındaki ilişkinin niteliğinin, mağdur öldürülmemiş olsa idi ödemelerin devam edeceği varsayımının geçerliliği bakımından bir temel sağlayacak nitelikte olup olmadığı;
- mağdurun başvurucuya yapabileceği katkının onun maddi ihtiyacına dayanıp dayanmadığı;[383]
- mağdurun sunacağı varsayılan maddi desteğin süresinin hesabında ölçü alınması gereken gösterge (indikatör), ilgili Devletteki ortalama yaşam beklentisi olacağı;[384]
- mağdurun gelirine ilişkin ayrıntılı ya da güvenilir bilgi bulunmadığında, ulusal hukuktaki asgari ücretin esas alınması gerektiği;[385] yine de Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi bu hesaplamayı yaparken kendisini mutlaka asgari ücretle bağlı görmemekte, davanın koşulları gerektirdiğinde kazanç kaybını "hakkaniyete uygun olarak" belirlemektedir;[386]
- Maddi tazminata esas kazanç kaybı, aylık maaşın yıllık toplamına ulusal mevzuat uyarınca sağlanan yardımlar eklendikten sonra bulunan rakamdan %25 kişisel harcamalar düşülmekte ve bu tutara güncel faiz eklenmesi yoluyla hesaplanmaktadır.[387]

---

381 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 24 Şubat 2005 tarihli *Isayeva v. Rusya* kararı, [57950/00], § 234; ayrıca benzer yöndeki başka bir kararı için bkz., 14 Şubat 2002 tarihli *Abdurrahman Orak v. Türkiye* kararı, [31889/96], §§ 103 ve devamı.

382 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27 Kasım 1998 tarihli *Loayza Tamayo v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 42, § 129.

383 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 10 Eylül 1993 tarihli *Aloeboetoe ve Diğerleri v. Surinam* (Giderim) kararı, Series C No. 15, §§ 67–68.

384 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 22 Şubat 2002 tarihli *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 91, § 51(b).

385 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 26 Mayıs 2001 tarihli karar, *Villagrán Morales ve Diğ. v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 77, § 79; 29 Ağustos 2002 tarihli *Caracazo v. Venezuela*, (Giderim) kararı, Series C No. 95, § 88; 25 Mayıs 2001 tarihli *Panel Blanca v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 76, §§ 116-117; 27 Kasım 1998 tarihli *Castillo Páez v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 43, § 75.

386 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin, 19 Eylül 1996 tarihli *Neira Alegría ve Diğ. v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 29, §§ 49-52; 27 Kasım 2003 tarihli *Maritza Urrutia v. Guatemala* kararı, Series C No. 103, § 158.

387 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 26 Mayıs 2001 tarihli *Villagrán Morales ve Diğ. v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 77, § 79; 29 Ağustos 2002 tarihli *Caracazo Venezuela* (Giderim) kararı, Series C No. 95, § 81; 25 Mayıs 2001 tarihli *Panel Blanca v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 76, §§ 95, 117, 132, 151 ve 166.

Cantoral Benavides davasında Mahkeme, gözaltında tutulduğu sırada bir biyoloji öğrencisi olan mağdurun kazanç kayıplarını, kişi tutuklanmamış ve öğrenimine devam etmiş olsaydı mesleğinden elde edeceği geliri esas alarak hesaplamıştır.[388]

Kaybolduğu sırada bir gerilla savaşçısı olan *Bámaca Velásquez* başvurusunda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucunun müteveffa *Bámaca Velásquez*'in gerilla olarak faaliyetlerinden gelir elde ettiği iddiasını yerinde görmemiş ve kazanç kaybı için tazminata hükmetmemiştir. Ancak, Guatemala'da 1996 barış anlaşmalarından sonra başvurucunun işgücüne katılacağı ve bunun sonucu bir geliri olacağı varsayımını gerçekçi bulmuş ve tazminat hesabında 1996 sonrasını esas almıştır. Mahkeme, barış anlaşmalarından sonra başvurucunun olası yaşam süresi için ortalama yaşam beklentisini kazanç kaybı bakımından yaptığı hesaba esas almış ve hakkaniyet esasına dayanarak belirli bir miktara hükmetmiştir.[389]

Yine *Bámaca Velásquez* kararında Amerikalılar Arası Mahkemesi, kaybedilen kimsenin eşi olan başvurucunun kendisine ait doğrudan kazanç kayıpları için de tazminata hükmetmiştir. Mahkeme, kaybedilenin başvurucu eşinin "*zamanının büyük çoğunluğunu kocasının nerede olduğunu tespit etmeye harcadığı, aynı zamanda [kamu görevlilerinin]adaleti engelleme faaliyetlerine karşı mücadele etmekten mesleğini icra etmeye fırsat bulamadığı*" tespitinde bulunmuştur. Bu kararında Mahkeme tazminat miktarına ilişkin ayrıntılı hesaplamalar yerine hakkaniyete göre bir miktar belirlemiştir.[390]

Sonuç olarak, ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda, iş ya da maaş kaybı ile sonuçlanan kazanç kayıplarının tazmin edilmesi Devletin giderim sorumluluklarından biridir. Uluslararası yargı yerleri, salt mağdurun aktüel kazancına dair kanıt bulunmadığı gerekçesiyle oluşan kazanç kaybı zararları için tazminat istemini reddetmek yerine bu yöndeki kanıtın yetersiz kaldığı durumlarda, hakkaniyet esasına göre tazminat miktarı belirleme yoluna gitmektedir.

Ayrıca, kazanç kaybının yalnızca mağdurlara değil, aynı zamanda, doğrudan mağdurun gelir kaybından ekonomik zarar gördükleri takdirde, yakınlarına veya bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilere de verilmesi dikkat çekicidir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, ihlal bulgulaması ve bu ihlalle zarar arasında bir nedensellik bağının kurulabildiği durumlarda hükmettiği maddi tazminat kalemlerinden bazıları aşağıdaki gibidir:

- ev ve diğer taşınmaz malların kaybı;[391]
- hayvanların kaybı;[392]
- ek harcamalar;[393]

388 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 3 Aralık 2001 tarihli *Cantoral Benavides v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 88, §§ 47-49; 27 Şubat 2002 tarihli *Trujillo Oroza v. Bolivya* (Giderim) kararı, Series C No. 92, § 71-73.

389 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 22 Şubat 2002 tarihli *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 91, § 51(b).

390 İbid., *Bámaca Velásquez* kararı, § 54(a).

391 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan 24 Nisan 1998 tarihli *Selçuk ve Asker ve Türkiye* kararı, § 106 ve 16 Kasım 2000 tarihli *Bilgin v. Türkiye* kararı, [23819/94], §§ 138-152.

392 İbid., yukarıda anılan *İpek v. Türkiye* kararı, §§ 228 – 229.

393 Ibid, *İpek v. Türkiye* kararı, §§ 232, 233.

- alternatif barınma maliyetleri;[394]
- taşınma masrafları veya yeni bir konutta daha yüksek yaşam masrafları.[395]

Maddi zararlarla ilgili yeterince ayrıntılı kanıt bulunmadığı durumlarda, yine de bunlar için hakkaniyete uygun bir tazminata hükmettiği başvuruların sayısı hiç de az değildir.[396]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi gibi maddi zararlara ilişkin aşağıdaki maddi zarar kalemlerinin tazmin edilmesine hükmetmiştir:

- *Suárez Rosero* davasında, bedensel engelli mağdur için ev içi yardım ve fiziksel ve psikolojik tedavi için tazminata hükmetmiştir.[397]
- Ayrıca, tazminatın hem geçmiş hem de gelecekteki tıbbi bakım ve psikolojik yardım masraflarını da kapsaması gerektiği kanısındadır.[398]
- kaybedilen mağdurları bulmak için yapılan harcamalar;[399]
- ailenin hapishane ziyaretleri ve akrabalarının hapishanedeki tıbbi bakım harcamaları;[400]
- başka bir köye taşınma masrafları.[401]

Caracazo kararında:

- kazanç kaybı dışındaki dolaylı maddi zararları,
- hane halkına verilen zararları;
- ölünün kalıntıların aranmasına ilişkin harcamalar;
- tıbbi tedavi masrafları;
- mezar açma maliyetleri;
- kazanç kayıpları;

---

394 Bkz. 13 Temmuz 2006 tarihli *Doğan ve Diğerleri v. Türkiye* (Adil Tatmin) kararı, [8803/02 8804/02 8805/02...], §§ 56-57; yukarıda anılan *Bilgin v. Türkiye* kararı, §§ 138-152.

395 İbid. yukarıda anılan *Orhan v. Türkiye* kararı, § 438.

396 İbid. *Selçuk ve Asker* kararı, § 106.

397 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 20 Ocak 1999 tarihli *Suárez Rosero v. Ekvador* (Giderim) kararı, Series C No. 44, § 60.

398 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında bir dizi kararı için bkz., 3 Aralık 2001 tarihli *Durand ve Ugarte v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 89, §§. 36, 37 ve hüküm § 3; 27 Kasım 1998 tarihli *Loayza Tamayo v. Peru* (Giderim), Series C No. 42, § 129(d); 30 Kasım 2001 tarihli *Barrios Altos v. Peru* (Giderim) karar, Series C No. 87, § 42 ve hüküm § 3; 22 Şubat 2002 tarihli *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 91, § 52; 22 Ocak 1999 tarihli *Blake v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 48, § 50; 3 Aralık 2001 tarihli *Cantoral Benavides v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 88, § 51; 27 Şubat 2002 tarihli *Trujillo Oroza v. Bolivya* (Giderim) kararı, Series C No. 92, § 74(b).

399 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 22 Şubat 2002 tarihli *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 91, § 52; 22 Ocak 1999 tarihli *Blake v. Guatemala* (Giderim) kararı, §§ 47-50; 27 Şubat 2002 tarihli *Trujillo Oroza v. Bolivya* (Giderim) kararı, Series C No. 92, §§ 72-76.

400 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27 Kasım 1998 tarihli Loayza Tamayo v. Peru (Giderim), karar, Series C No. 42, § 129; 3 Aralık 2001 tarihli Cantoral Benavides v. Peru (Giderim) kararı, Series C No. 88, §§ 47-52

401 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 7 Haziran 2003 tarihli Juan Humberto Sánchez v. Honduras kararı, Series C No. 99, § 166.

- aile gelirinin azalması veya iflas gibi ailevi zararlar;
- mezar ve cenaze hizmetleri, vb.

gibi masrafları da içeren diğer maddi zarar türlerini özetlemiştir.[402]

V.4.d.i.2. İstihdam ve eğitim de dahil olmak üzere kaçırılan fırsatlar (ve "yaşam planı" kavramı)

Başvuru Yolu ve Giderime İlkeleri'nin 20(b) ilkesi, tazminatın "*istihdam, eğitim ve sosyal yardımlar dahil olmak üzere kaçırılan fırsatları*" kapsamasını öngörmektedir. Bunlardan, özellikle eğitim fırsatlarının kaçırılması meselesi Amerikalılar Arası Mahkemesi tarafından ele alınmıştır. *Aloeboetoe ve Diğerleri* davasında Mahkeme, mağdurların mirasçılarının öğrenim görebilmeleri için tazminat almaları gerektiğine karar vermiştir. Fakat, sadece tazminat ödemenin yeterli olmadığını; ayrıca okul çağındaki çocuklar için uygun bir okul olması gerektiğini belirtmiş ve sonuç olarak, Devletin yerel okulu yeniden açması, öğretmen ve idari personel görevlendirmesi gerektiğine hükmetmiştir.[403]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi adaletsiz bir yargılanma, hukuka aykırı tutuklama ve işkence mağduru olarak Şili'de sürgünde yaşayan başvurucunun şikayetlerini ele aldığı *Loayza Tamayo v. Peru* davasında, mağdurun anılan ihlaller sonucu yaşamının olması gerekenden çok daha zor bir hal almasının getirdiği zararların karşılanabilmesi için "*yaşam planı*" (*proyecto de vida*) kavramını geliştirmiş, başvurucunun tutuklanmasından kaynaklanan gelir kaybı dolayısıyla uğradığı maddi zararın ötesinde, yaşam planının zarar gördüğünü belirtmiştir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, yaşam planı kavramını, maddi ve manevi varlığını geliştirme kavramına benzetmiştir. Mahkeme'ye göre, yaşam planı, ilgili kimsenin tam olarak kendisini geliştirmesiyle ilgilidir ve onun yaşam amacını, özel koşullarını, potansiyellerini ve hedeflerini dikkate alır. Böylece makul olarak kendine özel hedefler koymasını ve bu hedeflerin peşinden gitmesine olanak tanır".[404]

Amerikalılar Arası Mahkemesi *Loayza Tamayo* davasında, *yaşam planına* verilen zararların ekonomik bir değerlendirmesini yapmayı reddetmiştir. Ancak, Amerikalılar Arası Mahkeme'nin bu içtihadından dönmesi uzun sürmemiştir. *Cantoral Benavides* davasında, keyfi tutuklanma nedeniyle eğitimine devam etmesi engellenen mağdurun *yaşam planına* verilen zarar nedeniyle Devlete, biyoloji eğitimini sürdürmesi için mağdura burs sağlamasını şeklinde formüle ettiği bir maddi tazminatın ödenmesine hükmetmiştir.[405]

Benzer şekilde, *Barrios Altos* davasında mağdurlar ile Devlet arasında yapılan bir anlaşmaya dayanarak Amerikalılar Arası Mahkeme, Devletin mağdurlara eğitim bursları vermesini, eğitimine devam etmek isteyenleri desteklemesi ve eğitim materyallerini sağlamasını emretmiştir.[406]

---

402 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 29 Ağustos 2002 tarihli Caracazo v. Venezuela (Giderim) kararı, Series C No. 95, § 80.

403 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 10 Eylül 1993 tarihli *Aloeboetoe ve Diğerleri v. Surinam* (Giderim) kararı, Series C No. 15, § 96.

404 Bkz., Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27 Kasım 1998 tarihli *Loayza Tamayo v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 42, § 147.

405 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 3 Aralık 2001 tarihli *Cantoral Benavides v Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 88, §§ 60 ve 80.

406 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 30 Kasım 2001 tarihli *Barrios Altos Case v Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 87, § 43 ve hüküm § 4.

V.4.d.ii. Manevi zararlar

Tazminat, insan hakları ihlali mağdurlarının maddi kayıplarıyla ilgili giderim sağlamanın yanında ihlal ile mağdurlar ve onların yakınlarına yaşatılan bedensel ve psikoloji acı ve ıstırabın sonucunda oluşan manevi zararlarının da karşılanmasını gerektirir.

Yukarıda tazminatın temel işlevlerinden birinin, bir kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne verilen zararlar için eski hale iadenin mümkün olmadığı durumlarda bu tür zararların giderilmesinin bir aracı olduğu vurgulanmıştı. Bu, özellikle ciddi bedensel ve psikolojik hasar ve travmaya neden oldukları için, ağır insan hakları ihlallerinde daha da net bir olgudur. Bu tür manevi hasarlar, bazı durumlarda tıbbi veya psikolojik tedavi, ilaç vb. maliyetlere yol açtığında "*ekonomik olarak kolayca belirlenebilir*". Ancak, böyle net bir rakam gösterilemediği zaman, karşılaştırmalı hukukta zararın tespiti için kabul edilmiş bir değerlendirme yöntemi olarak "*hakkaniyete uygun tatmin*" ilkesi devreye girer. Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı'na göre: "*Manevi zararlar bakımından tazminatın belirlenmesi, kaçınılmaz olarak hakkaniyet düşüncesine dayanacaktır*".[407] Ağrı, acı, ıstırap ve sıkıntıdan kaynaklanan zararları ve kişinin onur ve itibarına verilen zararların karşılanabilmesinin genellikle tek yöntemi, hakkaniyet ilkesine dayalı olarak belirlenecek bir miktar manevi tazminatın mağdura ödenmesidir.

Uluslararası Adalet Divanı, hukuka aykırı bir tutuklama ve sınır dışı edilme durumunda, "*[mağdurun] manevi bir zarar görmesinin, hukuka aykırı fiilin kaçınılmaz bir sonucu olduğunu*" belirtmiş ve bunun kanıtlanmasına gerek olmadığını vurgulamıştır.[408] Bedensel ve zihinsel zararlar için tazminat hakkı yaygın olarak, hatta tazminat miktarını tam olarak belirlemeyen insan hakları organları tarafından bile kabul edilmiştir.

Birleşmiş Milletler *İnsan Hakları Komitesi* de Uluslararası Adalet Divanı'nın yukarıda değindiğimiz bu öncüllerinden hareketle zorla kaybedilen kimselerin akrabalarına tazminat ödenmesi önerisinde bulunmaktadır. Zorla kaybetme, yargısız infazlar gibi ağır insan hakları ihlallerinin ortaya çıktığı vakalarda, ihlalden doğrudan zarar gören mağdurların yakınlarının zorla kaybetme ya da yargısız ya da keyfi infaz eyleminin yarattığı acı ve ıstırap nedeniyle kendilerinin Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesine öngörülen yasağa aykırı zalimane ya da insanlıkdışı muamele oluşturan manevi zararlar görebileceklerini kabul etmektedir.[409] İnsan Hakları Komitesi, *Coronel v. Kolombiya* kararında, akrabalar bakımından 7. maddenin ihlal edildiğini açıkça belirtmemiş olmasına rağmen, zihinsel yönden dolaylı zararları bulunduğu varsayımıyla bu kişilere tazminat ödenmesini tavsiye etmiştir.[410]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, giderime ilişkin *Velásquez Rodríguez* kararlarından itibaren mağdurların zihinsel acı ve ıstırap gördüklerinden bahisle hakkaniyete uygunluk ilkesine dayalı olarak "manevi tazminat" ödenmesine hükmetmektedir.[411] Bu karardan itibaren Amerikalılar Arası Mahkemesi, manevi tazminata ilişkin içtihadını, her zaman tutarlı bir şekilde olmasa da, sürekli olarak geliştirmiştir. Amerikalılar Arası Mahkemesi'nin içtihatlarından hakkaniyete uygun manevi tazminata ilişkin aşağıdaki özelliklerin çıkarılabilmesi mümkündür:

---

407 Bkz., Uluslararası Adalet Divanı'nın 19 Haziran 2012 tarihli *Ahmadou Sadio Diallo v. Demokratik Kongo Cumhuriyeti* (Tazminat) kararı, § 24.

408 İbid, *Ahmadou Sadio Diallo* (Tazminat) kararı, § 21.

409 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 21 Haziran 1983 tarihli *Almeida de Quinteros ve Diğerleri v. Uruguay* kararı, [Comm.No.107/1981], UN Doc. CCPR/C/19/D/107/1981, §§ 14, 16.

410 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 24 Ekim 2002 tarihli *Coronel ve Diğerleri v. Kolombiya* kararı, [Comm. No. 778/1997], UN Doc. CCPR/C/76/D/778/1997, § 10.

411 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (Zararların Tazmini), Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 21 Temmuz 1989 tarihli karar, Series C No7, para. 50-52 [manevi zarar] ve para 27

- Manevi tazminat, zorla kaybetme, işkence, yargısız infaz ya da haksız ve keyfi tutma gibi ağır insan hakları ihlallerinde mağdurlara ve/veya mağdur yakınlarına ödenmektedir.
- Mağdurun yakınları ile arasındaki ilişki ne kadar yakınsa acı ve ıstırap derecesi de o ölçüde yoğun olacağından zihinsel zarar da o ölçüde büyük olacaktır. Bu durum tazminat miktarına yansıyacaktır.[412]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de acı, sıkıntı veya başka zihinsel veya fiziksel zarar gördükleri durumlarda mağdurlara manevi tazminat ödenmesine karar vermektedir. Mağdurların zorla kaybedildiği veya öldüğü davalarda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi mağdurların mirasçılarına manevi tazminat ödenmesine hükmetmektedir.[413]

Akrabalar veya ilgili diğer kişilerin mağdur adına talepte bulunmaları halinde tazminata hükmedilmesinin ötesinde, bu kişiler kendi adlarına da tazminat talebinde bulunabilirler. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 41. maddesinde geçen "*zarar gören taraf*" deyiminden hareketle mağdur olmadan da tazminat talebinde bulunabileceklerine hükmettiği kararları bulunmaktadır.[414]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi *Kurt v. Türkiye* kararında, zorla kaybedilen mağdurun annesinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin işkence yasağını düzenleyen 3. maddesinin ihlaline maruz kaldığını ve bu nedenle çektiği acılar için tazminat hakkına sahip olduğunu tespit ederken,[415] *Aksoy v. Türkiye* kararında "*Mahkeme Zeki Aksoy'un maruz kaldığı son derece ciddi Sözleşme ihlallerini ve bu ihlallerin babası üzerinde yarattığı kuşkusuz olan endişe ve sıkıntıyı dikkate alarak*" talep edilen tazminatın tamamının babasına ödenmesine hükmetmiştir.[416] Ancak bu tür bir tazminat kararının, başvurucu Zeki Aksoy'un İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi başvurusunu yaptıktan sonra faillerinin kolluk güçleri olduğundan şüphelenmeyi gerektirecek şekilde öldürülmesi sonrasında verildiğinin akılda tutulmasında yarar var.[417]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, başka soruşturma yapılmaması veya soruşturmanın etkisizliği nedeniyle mağdurun yakınlarının, "*hayal kırıklığı, sıkıntı ve endişe duyguları*" yaşadıkları tespitinde bulunmuştur.[418] İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, başka bazı davalarda

412 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin mağdurun çocukları ile kardeşlerine değişik manevi tazminatların hükmedildiği 27 Kasım 1998 tarihli *Loayza Tamayo v. Peru* kararı, Series C No. 42, §§ 138-145; mağdurun anne ve büyük annesine hükmedilen tazminat miktarının kardeşlere hükmedilenden daha yüksek olduğu 26 Mayıs 2001 tarihli *Villagrán Morales ve Diğerleri v. Guatemala* Giderim) kararı, Series C No. 77, § 93; eşe ve çocuklara manevi zararları için manevi tazminata hükmedilmesine karşın baba ve büyük anne için ihlal kararının adil tatmin oluşturduğuna dair 31 Mayıs 2001 tarihli *Cesti Hurtado v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 78, §§ 54-56; mağdura, dul eşine, ebeveynlerine ve kız kardeşlerine farklı tazminatlara hükmedildiği 22 Şubat 2002 tarihli *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 91, §§ 60-67; mağdura, annesine, evlat edinen babasına ve erkek kardeşlere farklı miktarlarda tazminatın verildiği 27 Şubat 2002 tarihli *Trujillo Oroza v. Bolivya* (Giderim) kararı, Series C No. 92, para 89; mağdura ve akrabalarına farklı miktarlarda tazminatın yanında cesedi bulunup ailelerine teslim edilemeyen mağdur yakınlarına daha yüksek tazminata hükmedildiği 29 Ağustos 2002 tarihli *Caracazo v. Venezuela* (Giderim) kararı, Series C No. 95, § 110.

413 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 17 Şubat 2004 tarihli *İpek v Türkiye* kararı, §237; 24 Nisan 2003 tarihli *Aktaş v. Türkiye* kararı, § 361.

414 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 8 Temmuz 1999 tarihli *Çakıcı v. Türkiye* kararı, § 130.

415 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 25 Mayıs 1998 tarihli Kurt v. Türkiye kararı, § 175; yanı sıra bkz., 17 Şubat 2004 tarihli *İpek v. Türkiye* kararı, § 238.

416 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 18 Aralık 1996 tarihli *Aksoy v. Türkiye* kararı, [21987/93], § 113.

417 İbid., *Aksoy* kararının §§ 102 ve devamı.

418 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 4 Mayıs 2001 tarihli *McKerr v. Birleşik Krallık* kararı, [28883/95], § 181; 4 Mayıs 2001 tarihli *Shanaghan v. Birleşik Krallık* kararı, [37715/97], § 181; 4 Mayıs 2001 tarihli *Hugh Jordan v. Birleşik Krallık* kararı, [24746/94], § 170; 4 Mayıs 2001 tarihli *Kelly v. Birleşik Krallık* kararı, [30054/96], § 164.

daha fazla açıklamaya girişmeksizin büyük olasılıkla olayda soruşturma yapılmamasının bir sonucu olarak manevi acı çektikleri varsayımıyla mağdurun yakınlarının "*manevi zarara*" uğradığı tespitinde bulunmuştur.[419]

Sonuç olarak, farklı insan hakları organları tarafından hükmedilen miktarların oldukça farklılık arz etmesi dolayısıyla, uluslararası insan hakları hukukunda ve içtihatta tazminat miktarına ilişkin yol gösterici ilkeler bulmak zordur. Ancak, tazminat hakkının uluslararası hukukta bireysel bir hak olduğu şüphesizdir. Tazminat miktarının belirlenmesinde her zaman uluslararası kurallar temel alınmalı, asla ulusal kurallara göre yapılan tazminat belirlemeleri ölçü alınmamalıdır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, işkence yasağının ihlal edildiğini tespit ettiği *Ciorap v. Moldova (No 2)* kararında, ulusal yargı yerleri tarafından başvurucuya verilen tazminat miktarının, normal olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından verilmesi muhtemel asgari tazminat miktarının altında olmasının başvurucunun mağduriyetini gidermediğini tespit etmiştir.[420]

Tazminatın sadece kazanç kaybı veya diğer finansal zararlar gibi doğrudan ekonomik olarak değerlendirilebilecek zararlarla yetinmemesi gerektiği tespit edilebilir. Tazminat ayrıca:

- Fiziksel veya zihinsel ıstırap için mali giderimi de kapsamalıdır. Bu hasar ekonomik olarak ölçülebilir olmadığından, değerlendirme hakkaniyete göre yapılmalıdır.
- İhlallerin manevi veya psikolojik etkilerine dair kanıt sağlamak zor olduğundan, işkence, kötü muamele, yargısız infaz ya da zorla kaybedilme gibi ağır insan hakları ihlallerinin bir sonucu olarak psikolojik zararın her zaman varsayılması gerekir.
- Tazminat talep edebilecek kişilerin sayısını sınırlandırmak için, (ebeveynleri, çocukları ve kardeşleri içermesi gereken) yakın akrabalar dışındaki kişilerin zararını göstermeleri gerekebilir.

V.4.e. Rehabilitasyon

Rehabilitasyon, evrensel düzeyde birçok insan hakları sözleşmesi ve belgesinde güvence altına alınmıştır. Özellikle, İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 14. maddesinin 1. fıkrasında "*Her bir Taraf Devlet bir işkence fiili mağduruna giderim elde etme ve mümkün olduğu kadar tam bir rehabilitasyon için gereken de dahil, adil ve yeterli miktarda tazminat alma hakkı tanır. İşkence fiilinin sonucu olarak mağdurun ölmesi halinde, mağdurun bakmakla yükümlü olduğu kimseler de tazminat alma hakkına sahip olurlar*." hükmüne yer vermiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 39. maddesi "*Taraf Devletler her hangi bir biçimde ihmale, sömürüye veya istismara uğramaktan; işkenceye veya diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalmaktan veya silahlı çatışmadan dolayı mağdur olan çocukların fiziksel ve psikolojik olarak sağlıklarına kavuşmalarını ve toplumla yeniden bütünleşmelerini sağlamak için gerekli her türlü tedbiri alır*" hükmünü öngörmektedir.

Rehabilitasyon tedbirleri genellikle tazminat kapsamında değerlendirilmektedir ve yetkililerin doğrudan rehabilitasyon tedbirleri almasını gerektiren bulgular ile rehabilitasyon tedbirleri için devletin tazminat ödemesini gerektiren bulgular arasında bir örtüşme söz

419 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 20 Mayıs 1999 tarihli *Oğur v. Türkiye* [BD] kararı, [21594/93], § 98; 28 Mart 2000 tarihli *Mahmut Kaya v. Türkiye* kararı, [22535/93], 139; 'mağdur' olmamasına rağmen Mahkeme onu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 41. maddesi anlamında mağdurun kardeşini 'zarar gören taraf' olarak nitelendirdiği 24 Nisan 2003 tarihli *Aktaş v. Türkiye* kararı, [24351/94], § 364:

420 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 20 Temmuz 2010 tarihli *Ciorap v. Moldova* (No.2) kararı, [7481/06], §24.

konusudur. Böyle bir örtüşme olduğunda Devletin rehabilitasyon masraflarını tazmin etmesi istenir. Bu, "*mümkün olduğu ölçüde tam rehabilitasyon için gerekli araçlar da dahil olmak üzere tazminata …*" atıf yapan, İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 14. maddesinde yansımasını bulmaktadır.

İşkence Özel Raportörü, bu bağlamda Devletlerin "*mümkün olan en iyi rehabilitasyon için gerekli araçlar da dahil olmak üzere adil ve yeterli tazminat*" sağlaması gereğini vurgulamaktadır. Özel Raportör ayrıca, Devletlere "*işkence mağdurlarına mümkün olan en iyi şekilde rehabilitasyon imkânı tanınmasını sağlamak için kendi ülkelerinde bulunabilecek rehabilitasyon merkezlerini desteklemeye ve yardım etmeye*" teşvik etmektedir.[421]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarının tazminata yer verdiği kısımlarında tıbbi yardıma, bazen de doğrudan rehabilitasyon tedbirlerine atıfta bulunmaktadır. Bu bağlamda, *Aloeboetoe* kararında Amerikalılar Arası Mahkemesi, ağır insan hakları ihlallerinden etkilenen bir köyde bir sağlık dispanserinin yeniden açılmasına hükmetmiştir.[422]

Rehabilitasyonun sadece fiziksel veya psikolojik hasarlarla sınırlı olmayan daha kapsamlı bir kavram olduğu unutulmamalıdır. Rehabilitasyon tıbbi hasarlarla ilgili olabildiği gibi ihlale bağlı sosyal zararların rehabilitasyonu da söz konusu olabilir. Mağdurlar, onurlarının, sosyal durumlarının, yasal durumlarının ve mesleki durumlarının rehabilitasyonunu da talep edebilirler.[423]

İşkenceye Karşı Komite, İşkenceye Karşı Sözleşmenin 14. maddesi ile ilgili 3 No'lu Genel Yorumunda, mağdurlara yönelik rehabilitasyonun mümkün olduğunca bağımsız fiziksel, zihinsel, sosyal ve mesleki yeteneklerini geri kazanmayı ve topluma tam olarak entegre olmalarını ve katılımlarını amaçlaması gerektiğini vurgulamıştır. Komite ayrıca rehabilitasyonun, bireyin ihtiyaçlarının bağımsız, bütünsel ve profesyonel bir değerlendirmesine dayanması ve mağdura özel tasarlanması gereğinin yanında, ayrıca mağdurun [rehabilitasyon] hizmetini sağlayacakların seçimine katılımının sağlanması gerektiğini de vurgulamıştır. Komite, mümkün olduğunca tam rehabilitasyon için araçlar sağlama yükümlülüğünün ertelenemeyeceğini ve Devletin mevcut kaynaklarına bağlı olmadığını açıklığa kavuşturmuştur. Rehabilitasyon, tıbbi ve psikolojik bakımın yanı sıra hukuki ve sosyal hizmetler, toplum ve aile odaklı yardım ve hizmetler; mesleki eğitim ve öğretim gibi geniş bir disiplinler arası hizmetler kategorisi içermelidir.[424]

Bunun yanında adli sicillerin düzeltilmesi veya hukuk dışı mahkumiyetlerin geçersiz kılınması yoluyla hukuki rehabilitasyon gibi bu önlemlerden bazıları yukarıda "eski hale iade" başlığı altında dikkate alınmaktadır.

V.4.f. Tatmin

Maddi olmayan zararlar için tazminat, bedensel veya zihinsel acı, sıkıntı, itibar veya onura verilen hasar veya diğer manevi zararlar için parasal bir giderim yöntemi iken, tatmin ise manevi zararlar ve itibar ve onura yönelik hasarlar için farklı, parasal olmayan bir telafi şeklidir.

---

421 Birleşmiş Milletler İşkence Özel Raportörü'nün Raporu, UN Doc. E/CN.4/2003/68 (2002), § 26(l); ayrıca bkz., BM Bel A/54/426 (1999), § 50.

422 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 10 Eylül 1993 tarihli *Aloeboetoe ve Diğerleri v. Surinam* (Giderim) kararı, Series C No. 15, § 96.

423 *Birleşmiş Milletler Zorla veya İrade Dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu*, Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri'nin 19. maddesine ilişkin Genel Yorumlar, UN Doc. E/CN.1/1998/43 (1998), § 75

424 Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Komite, 14. maddenin Uygulanmasına İlişkin 3 Nolu Genel Yorum, UN Doc. CAT/C/GC/3 (2012), §§ 11-15.

V.4.f.i. Yargı kararları yoluyla tatmin

Birçok davada, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin hukuki yetkisine dayanarak mağdurun insan haklarının ihlal edildiğini açıklaması dolayısıyla, ihlal kararının kendisinin başlı başına tatmin oluşturduğu yönünde kararlar vermektedir.[425]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, benzer nitelikte kararları da olmakla birlikte, ağır insan hakları ihlalleri olması halinde, tek başına bir kararın uygun giderim oluşturmak için yeterli olmadığı, bu tür ihlallerde tazminat ödenmesi gerektiği kanısındadır.[426] Bu bağlamda ağır insan hakları ihlallerinde, yalnızca Mahkeme tarafından yapılan bir açıklama mağdura genellikle adalet sağlama konusunda yetersiz kalacaktır.[427]

V.4.f.ii. Özür, resmen tanıma (kamusal kabul) ve sorumluluğun kabulü

Giderimin en önemli biçimlerinden biri gerçeğin, fakat aynı zamanda sorumluluğun ve hatanın, araştırılması ve kabulüdür. Bu anlamda, aslında kaçınılmaz olarak soruşturma yapılmasını isteme hakkı ve hakikati öğrenme hakkı ile bağlantılıdır.

Birleşmiş Milletler Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri, *tatmin* tedbirlerini:

a. *Devam eden ihlallerin sona ermesini amaçlayan etkili önlemler;*

b. *Gerçeklerin açığa çıkarılması ve bu açıklamanın, mağdurun, mağdurun akrabalarının, tanıkların veya mağdura yardım etmek üzere sürece müdahale eden kişilere daha fazla zarar vermeyeceği ve güvenliklerini tehlikeye atmadığı ölçüde hakikatin tam olarak ve kamuya açıklanması, başka ihlallerin ortaya çıkmasını engellemek veya önlemek;*

c. *Kaybedilenlerin nerede olduğunun, kaçırılan çocukların kimliklerinin ve öldürülenlerin cesetlerinin aranması ve cesetlerin bulunması, kimliklerinin belirlenmesi ve mağdurun arzusuna veya ailelerin ve toplumun kültürel uygulamalarına uygun olarak gömülmesine yardım etmek;*

d. *Mağdurun ve mağdurla yakın ilişki içinde bulunan kişilerin onurunu, itibarını ve haklarını iade eden resmi bir beyan veya yargısal karar;*

e. *Gerçeklerin kabulü ve sorumluluğun üstlenilmesi de dahil olmak üzere kamusal özür;*

f. *İhlallerden sorumlu kişilere yönelik adli ve idari yaptırımlar;*

g. *Mağdurları anma ve saygı ifade etme;*

h. *Uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk eğitiminde ve her düzeyde eğitim materyaline meydana gelen ihlallerin doğru bir şekilde dahil edilmesi*

olarak sıralamaktadır.

---

425 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğer pek çok kararının yanında 21 Şubat 1975 tarihli *Golder v. Birleşik Krallık* kararı, [4451/70], § 46; 12 Mart 2003 tarihli *Öcalan v. Türkiye* kararı, [46221/99], § 250.

426 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 19 Eylül 1996 tarihli *Neira Alegría ve Diğerleri v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 29, § 56; 27 Kasım 1998 tarihli *Castillo Páez v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 43, § 84; 25 Mayıs 2001 tarihli *Panel Blanca v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 76, § 105.

427 26 Mayıs 2001 tarihli *Villagrán Morales ve Diğerleri v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 77, § 88; 3 Aralık 2001 tarihli *Cantoral Benavides v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 88, § 79; 22 Şubat 2002 tarihli *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 91, § 84.

V.4.f.iii. Kamusal anma

Mağdurlara tatmin tedbiri sağlayacak giderimin önemli başka bir boyutu kamusal anmadır. Bu, özellikle grupların haklarının ihlal edildiği veya bazen ayrı ayrı belirlenemeyen çok sayıda insanın haklarının ihlali durumunda ya da geçmişte uzun zaman önce meydana gelen ihlallerde önemlidir. Bu davalarda kamusal anma, sembolik bir değere sahiptir ve mevcut ve aynı zamanda gelecek nesiller için bir giderim tedbiridir.

V.4.g. İhlalin yinelemesine karşı güvenceler

İnsan hakları hukukunun nihai amacı, insanın haklarına dayalı bir düzen içinde ihlalsiz bir yaşamı egemen kılmaktır. Dolayısıyla bir ihlal meydana geldiğinde bunun tespit edilmesi ve o ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması, giderimin sadece bir yönünü oluşturur. Giderimin tamamlanabilmesi için ihlalin bir daha yinelenmemesi bakımından bir dizi genel tedbirin de uygulaya sokulmasına ihtiyaç vardır. İşte bu türden tedbirlerin bütünü de yinelememe güvencelerini oluşturur.

Yinelememe güvenceleri, güvenlik güçleri ile askerleri sivillerin kontrolüne veren kurumsal reformlar; yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi; insan hakları savunucularının korunması; insan hakları eğitimi; kamu hizmetleri, emniyet güçleri, medya ve psikolojik ve sosyal hizmetlerde uluslararası insan hakları standartlarının uygulamaya geçirilmesi gibi tedbirleri içeren çok geniş bir giderim kategorisini oluşturur.

Süregelen bir ihlalin durdurulması yükümlülüğü kadar anlaşılır ve belirgin olmasa da, yinelememe güvenceleri öyle farklı şekillerde ortaya çıkabilir ki, tespit edilen ihlale benzer ihlallerin gelecekte ortaya çıkmamasını sağlamak için Devletler tarafından alınması gereken yasal tedbirleri alma görevi de dahil olmak üzere, farklı önlemlere işaret eden önemli bir içtihadi birikim oluşmuştur. Birleşmiş Milletler *Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri'*nin 23. ilkesi, bu içtihadi birikimi, tüketici olmamak kaydıyla, aşağıdakileri kapsayacak şekilde sınıflandırılmıştır:

- askeri ve güvenlik kuvvetleri üzerinde sivil kontrolün sağlanmasına ilişkin tedbirler,
- yargının bağımsızlığının güçlendirilmesine ilişkin önlemler,
- adli ve tıbbi personelin medya çalışanlarının, ilgili personelin ve insan hakları savunucularının korunmasına ilişkin tedbirler ve
- insan hakları eğitimine ilişkin önlemler.

Ancak yinelememe güvenceleri bu liste ile sınırlı değildir. Örneğin bu listede yer verilmeyen önemli bir yinelememe güvencesi de ağır insan hakları ihlallerine karışan Devlet görevlilerinin görevlerinden alınması ve cezalandırılmasıdır. Bu liste daha da genişletilebilir.[428]

Yinelememe güvenceleri, öncelikle ihlallerin içinde hayat bulduğu çevresel koşulların ortadan kaldırılmasını hedeflemelidir. Bu tür yapısal değişiklikler genellikle hukuki koşulların insan haklarına saygıyı destekleyecek şekilde değiştirilmesi yoluyla sağlanabilir. Bu nedenle, uluslararası insan hakları organları, yalnızca bireysel davalara ilişkin karar verildiğinde bile, görüşlerinin, raporlarının veya kararlarının sonucu olarak yasal değişiklikler yapma yükümlülüğünü de sıklıkla vurgulamaktadır.

428 *Cezasızlıkla mücadele yoluyla insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için güncellenmiş ilkeler demeti*, 35-38. ilkeler'de yinelenmeme güvenceleri daha kapsamlı ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak buradaki düzenlemenin de tüketici olmadığı ve gelişmeye açık olduğu unutulmamalıdır.

Yinelememe güvenceleri, gerçekten de bireysel, tekil olay ve olgulara yönelik uluslararası hukuk ihlali tespitlerinin daha geniş yasal sonucuna el atmadan anlamlı olamaz. Uluslararası organların kararları ilke olarak yalnızca taraflar arasında bağlayıcı olsa bile, uluslararası içtihatlar bu dar yaklaşımın çok ötesine geçmiş ve ihlal tespitlerinin daha geniş ve yapısal boyutlarını hedefleyen yasal sonuçlarını da kapsayacak şekilde sonuç doğurucu bir etki yaratmaya yönelmiştir.

İnsan hakları ihlallerinin yinelenmeme güvenceleri bakımından uluslararası insan hakları organlarının içtihatlarının ayrıntısına girmeden önce, birçok insan hakları belgesinin, Devletlerin mevzuatlarında gerekli değişiklikleri yapma yükümlülüklerini birincil yükümlülükler arasında kabul ettiği hatırlatılmalıdır. İnsan Hakları Komitesi, bu yükümlülüğü, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 2. maddesine ilişkin 31 No'lu Genel Yorumunda yinelemiştir.[429] Yinelememe güvencesi olarak yasal değişiklik yapma yükümlülüğü, bir dereceye kadar yasama önlemlerini kabul etme birincil ödeviyle örtüşmektedir. Bu anlamda, Birleşmiş Milletler'in sözleşme organları sıklıkla Devletlerin iç hukuk düzenlerini ilgili antlaşma hükümleri ile uyumlu hale getirmeleri konusunda belirli yasal önlemleri almaları tavsiyesinde bulunmaktadır.

İnsan Hakları Komitesi, Devletlerin uluslararası hukuk uyarınca genel yükümlülüklerini irdelediği 31 No'lu Genel Yorumunda, "*Sözleşme'nin yeniden ihlalini önleyecek tedbirleri alma yükümlülüğünün Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesinin bütüncül bir parçası olmadan Sözleşme'nin amaçlarına ulaşılamayacağı*" konusunun üzerini önemle vurgulamaktadır.[430]

Suárez de Guerrero v. Kolombiya kararında, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, davaya konu dönemde yürürlükte olan yasalarda polise verilen yetkilerin Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırı olduğu tespitinde bulunmuş ve yaşam hakkının etkili olarak korunmasını sağlamak için ilgili iç hukuk normlarında değişikliğe gidilmesi gerektiğinin altını çizmiştir.[431]

Young v. Avustralya kararında ise Komite, gerekirse yasada değişiklik yaparak Devlet'in başvurucunun emeklilik talebini yeniden gözden geçirmesi gerektiğine karar vermiştir.[432] Komite *Cesario Gómez Vázquez v. İspanya* davasında, İspanyol mevzuatı uyarınca, başvurucunun, Sözleşme'ye aykırı mahkûmiyet hükmünün verildiği yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunma hakkına sahip olmadığını tespit etmiştir. Komite, yargılamanın yenilenmemesi halinde, mahkumiyetin ortadan kaldırılması gerektiğine hükmetmiştir –ki bu da örtülü bir şekilde iç hukukta değişiklik yapılmasını gerektirmektedir.[433] Bu kararın sonucunda ilgili Devlet, Komite'nin kararından açıkça söz ederek, ulusal mevzuatında reform yapmıştır.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de benzer bir yaklaşımı izlemekte ve ihlalin kaynağının, ulusal mevzuatın İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi hükümleri ile çatışmasından kaynaklandığı durumlarda ilgili yasama organınca Amerikan Sözleşmesi hükümlerine

429 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Mart 2004 tarihli, *Sözleşmeye Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin Niteliğine* dair 31 Nolu Genel Yorumu, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para 7.

430 İnsan Hakları Komitesi, 24 Mayıs 2004 tarihli Sözleşmeye Taraf Devletlerin Yükümlülüklerinin Niteliğine İlişkin Genel Yorum No. 31, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 17.

431 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 31 Mart 1982 tarihli *Suárez de Guerrero v. Kolombiya*, kararı, [Comm. No. 45/1979], UN Doc. CCPR/C/15/D/45/1979, § 15.

432 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 18 Eylül 2003 tarihli *Young v Avustralya* kararı, [Comm.No.941/2000], UN Doc. CCPR/ C/78/D/941/2000, § 12.

433 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi *Cesario Gómez Vázquez v. İspanya* kararı, [Comm.No.701/1996], UN Doc. CCPR/C/69/D/701/1996, § 13.

uygunluğu sağlayacak tedbirlerin alınması zorunluluğunu ortaya koymuştur.[434] "*Günaha Son Çağrı*" davasında, Şili'nin mevcut sansür yasasını değiştirmesini emretmiştir.[435] Ölüm cezasının tartışıldığı bir başka davada, Trinidad ve Tobago'nun adam öldürme suçunun düzenlendiği ceza mevzuatı hükümlerini değiştirmesi gerektiğine hükmetmiştir.[436] *Trujillo Oroza* davasında, Devleti ceza hukukunda zorla kaybetme suçunu düzenleme konusundaki yükümlülüklerini vurgulamıştır.[437]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de yukarıda da belirtildiği üzere,[438] ilgili ülkenin hukuk düzenindeki yapısal bir soruna işaret eden bir ihlal kararının çok sayıda başka davayı tetiklemesine göndermede bulunan "*klon dava*" sorunuyla başa çıkmak için ilk kez 2004'te geliştirdiği, "*pilot dava usulü*" bağlamında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 46. maddesi uyarınca -kararın yerine getirilmesi yükümlülüğünün- bir parçası olarak yapısal sorunların giderilmesi için, gerektiğinde yasal değişiklikler de dahil olmak üzere genel tedbirlere hükmetmektedir. Ancak, bu değişiklikten uzun bir süre önce, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Devletlerin kararlara uymak için, gerektiğinde yasal değişiklikler de dahil olmak üzere genel önlemleri alma zorunluluğu olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Birçok ülke, Avrupa Mahkemesi kararları sonucunda mevzuatını değiştirmiştir.

Avrupa Mahkemesi'nin bağımsız ve tarafsız bir mahkemece yargılanma hakkının ihlal edildiğini tespitinde bulunduğu *Çıraklar v. Türkiye* kararının infazıyla bağlantılı olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Devletin, Devlet Güvenlik Mahkemelerini Sözleşme'ye uygun olarak düzenlemek için anayasasını değiştirmesi gerektiğini belirtmiştir.[439]

Türkiye aleyhine verilmiş çeşitli kararların uygulanmasına ilişkin Bakanlar Komitesi kararlarında, Devleti bağımsız bir ceza soruşturmasını açmak ve işkence ve kötü muamele suçları için asgari hapis cezaları öngörülmesi[440] ve güvenlik güçleri ve savcılık görevlileri aleyhine yürütülecek ceza soruşturması sisteminde reform yapmak üzere[441] Ceza Muhakemesi Kanununu değiştirmeye davet etmiştir. Diğer kararlarda, uygulama tedbirleri kapsamında adli delil kanunu[442] veya veri koruma kanununda[443] değişiklik yapılması gereğini uygulama tedbirleri kapsamında değerlendirmiştir.

Avrupa Mahkemesi'nin pilot yargılama usulü uyarınca incelediği ilk dava olan 22 Haziran 2004 tarihli *Broniowski v. Polonya* davası, II. Dünya Savaşı sonrasında Polonya ile SSCB içinde kalan Ukrayna arasındaki sınırın değiştirilmesi sonucunda *Bug Nehri* boyunca geri gönderilen ve mülkiyetlerini kaybedenler için Polonya Devleti tarafından oluşturulan tazminat planına ilişkindir. Diğer *Bug Nehri* talepleriyle ilgili Avrupa Mahkemesi "*uygun yasal ve idari önlemler yoluyla*", Polonya'nın "*geriye kalan Bug Nehri talepleriyle ilgili olarak söz konusu hakkın*

434 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27 Kasım 1998 tarihli *Loayza Tamayo v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 42, § 164; 20 Ocak 1999 tarihli *Suárez Rosero v. Ekvador* (Giderim) kararı, Series C No. 44, §§ 97-99.

435 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 5 Şubat 2001 tarihli *"Günaha Son Çağrı" Davası v. Şili* kararı, Series C No. 73, § 88.

436 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 21 Haziran 2002 tarihli *Hilaire, Constantine ve Benjamin ve Diğerleri v. Trinidad ve Tobago* kararı, Series C No. 94, § 212.

437 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27 Şubat 2002 tarihli *Trujillo Oroza v. Bolivya* (Giderim), Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi karar, Series C No. 92, para 122.

438 Bkz., yukarıda *V.4.c. Eski hale iade* başlığı altındaki açıklamalar.

439 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin *Çıraklar v. Türkiye* kararının infazına ilişkin Karar DH(99)555.

440 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "*Türkiye'de silahlı kuvvetlerin faaliyetleri: Sağlanan ilerleme ve devam eden sorunlar*" başlıklı Geçici Karar DH(2002)98.

441 Bakanlar Komitesi, "*Türkiye'de silahlı kuvvetlerin faaliyetleri: Genel Önlemler*" başlıklı Geçici Karar DH(99)434.

442 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "*Murray v. Birleşik Krallık*" başlıklı Geçici Karar DH(99)434.

443 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, *Gaskin v. Birleşik Krallık* başlıklı Karar DH(2000)106.

etkili ve hızlı bir şekilde gerçekleşmesini sağlaması" gerektiğine hükmetmiştir.[444] O zamandan beri, diğer pilot kararlarda veya pilot adını vermese de benzeri kararlarında Avrupa Mahkemesi, devletleri kamulaştırmalara yeterli tazminatın sağlanması için yasal değişiklikler de dahil olmak üzere genel tedbirler almaya;[445] yargısal süreçlerin aşırı derecede uzamasını önleme ve bu hallerde çözüm sağlama,[446] kira kontrolü konusundaki kusurlu yasal çerçeveyi iyileştirme[447] gibi tedbirleri almaya yönlendirmiştir.

444 22 Haziran 2004 tarihli *Broniowski v. Polonya* [BD] kararı, [31443/96], §194.

445 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 26 Mart 2006 tarihli *Scordino v. İtalya* [BD] kararı, [36813/97], § 237.

446 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 6 Ekim 2005 tarihli *Lukenda v. Slovenya* kararı, [23032/02], § 98; 2 Eylül 2010 tarihli *Rumpf v. Almanya* kararı, [46344/06], §54.

447 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 19 Haziran 2006 tarihli *Hutten-Czapska v. Polonya* [BD], [35014/97], § 239.

MODÜL VI

SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

HAZIRLIK SORULARI

- Soruşturma yükümlülüğünün etkililiği ne anlama gelir?
- Bir soruşturmanın etkili olabilmesinin koşulları nelerdir.
- Devletler hangi durumlarda etkili soruşturma yükümlülüğü altına girerler?
- Etkili soruşturmanın hangi özelliklere sahip olması gerekir?
- Devletlerin etkili soruşturma yükümlülüğüne ilişkin olarak İnsan Haklarının Korunması Mekanizmalarının nasıl bir yaklaşımı ve içtihadı vardır?

MODÜL VI:

Soruşturma yükümlülüğü

VI.1. Genel belirlemeler

Yukarıda cezasızlıkla mücadele bağlamında ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda etkili bir başvuru yolunun mevcut olmasının uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası hukukun emredici (*jus cogens*) bir normu olduğu, *olağanüstü hal* dahil *savaş ve silahlı çatışma* hallerinde bile bu hakkın sınırlandırılmasını (*derogation*) yasakladığı belirtilmişti. Yaşam hakkı, işkence yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı gibi insan hakları hukukunda sert çekirdek içinde olduğu kabul edilen haklar söz konusu olduğunda, etkili başvuru yolu hakkının bu hakların ihlallerinin faillerinin bulunması ve adalet önüne çıkarılması yükümlülüğünü de içine aldığı daha önceki ilgili modülde vurgulanmıştı. Bu bağlamda *Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve geliştirilmesi için güncellenmiş ilkeler demeti* "*cezasızlığın ihlalleri soruşturma yükümlülüğünü [...] yerine getirmemesinden kaynaklandığı*" tespitinde bulunmuştur.

Devlet görevlilerinin, özellikle ağır insan hakları ihlallerini –*bunların gerektirdiği ciddiyet ve özen içinde*– soruşturmaması, soruşturmaları kasten çarpıtması ya da ihlalleri çevreleyen koşulları (hakikati) gizlemesi halinde başvuru yolu hakkının etkili bir güvence altında olduğundan söz edilemez. İhlali çevreleyen koşulların ve faillerin tespiti ile adalet önüne çıkarılmaları için bir ceza soruşturulması yapılmasını talep hakkı, hakikati öğrenme hakkının da ön koşulunu oluşturur. Soruşturma yapılmasını isteme hakkı, mağdurların veya akrabalarının soruşturmaya etkili bir şekilde katılma hakkı ve insan hakları ihlalini çevreleyen tüm gerçekler hakkındaki gerçeği bilme hakkı, etkili bir başvuru yolu hakkının olmazsa olmaz unsurlarıdır.

Uluslararası insan hakları organlarının ürettiği içtihatlar, etkili bir ceza soruşturmasının temel niteliklerinin koşullarını da belirlemiş, geliştirmiş ve berraklaştırmıştır. Küresel ölçekte insan hakları koruma mekanizmalarını oluşturan Birleşmiş Milletler sistemi içinde, işkence, diğer kötü muameleler ve yargısız, kısayoldan ya da keyfi infazlar ve diğer yasadışı cinayetlerin soruşturulmasına ilişkin standartları ortaya koyan daha spesifik ilkeler geliştirilmiştir. Dolayısıyla bu ilkeler, uluslararası ve yerel ölçekte yetkililer bakımından bir rehber niteliğindedir.

Aşağıda, farklı uluslararası organların uygulamaları ve içtihatları ele alınmaktadır. Zira bunlar yalnızca etkili soruşturmalar yapmak için değil, aynı zamanda hakikati ortaya çıkarmak ve nihai olarak da sorumluların kovuşturulması ve cezalandırılması için temel bir dayanak oluştururlar.

Ağır insan hakları ihlallerinin sıklıkla işlendiği ülkelerin Devletleri, genellikle bu ihlallerin faillerinin ortaya çıkmaması için de ellerindeki bütün olanakları seferber ederler. Bunun temel nedeni, hesap vermekten kaçmak bakımından işlevselliğinin yanında, gelecekte benzeri ihlallerin işlenmesi olanağı kapısının açık tutulabilmesi için yetkililerin cezalandırılma korkusuna kapılmalarını mümkün mertebe önlemektir. Bu yüzden çoğunlukla ağır insan hakları ihlali faillerinin teşhis edilememesi tesadüfi olmadığı gibi soruşturma yapılma zorunluluğunun temel nedenlerinin başında da bu hesap verilebilirlikten hükümetlerin kaçmasının önüne geçmek ve hukukun üstünlüğü ilkesinin ayakta kalmasını sağlamak gelmektedir.

Türkiye örneğinden de tanışık olduğumuz üzere kamu makamları sıklıkla bir insan hakları ihlaline karıştıklarını inkar ve sorumluluklarını kabul etmekten kaçma eğilimindedirler. İhlaller, Devlet görevlilerin eylem, işlem ya da ihmallerinden veya Devletin yetkilendirilmesi, rızası ya da iş birliğinin çevrelediği koşullarda özel kişilerin eylemlerinden kaynaklanabilir.

Devletler bakımından bu durumda ortaya çıkan sorumluluk türü *negatif sorumluluk* olarak ifade edilen ihlal etmeme yükümlülüğüdür. Ancak ağır insan hakları ihlallerinin konusunu oluşturabilecek bu eylemler Devletin herhangi bir müdahalesi olmaksızın üçüncü kişiler tarafından gerçekleştiğinde Devletler, uluslararası insan hakları hukuku uyarınca, *insan haklarına saygı gösterilmesini sağlama* ve ihlalleri *önleme* konusunda *pozitif bir yükümlülük* altına girerler. Devletler bakımından bu yükümlülük, öncelikle önleme; bu başarılamaz ve ihlal gerçekleşirse faillerin tespit edilerek adalet önüne çıkarılması için etkili bir soruşturma yürütme yönündeki pozitif yükümlülük olarak adlandırılan kim tarafından işlenirse işlensin egemenlikleri altındaki bireyleri *koruma* sorumluluğu olarak ortaya çıkar.

Önüne gelen bireysel başvuruları somut olaylar bakımından incelemek yoluyla İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni yorumlayan bölgesel bir yargı organı olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Devletin yukarıda açıklanan ihlal etmeme ve koruma şeklindeki maddi yükümlülüklerinin yanında, yukarıda açıkladığımız soruşturma açma yükümlülüğünün de pozitif nitelikte '*usul yükümlüğü*' olarak nitelemektedir.

Yaşam hakkı bağlamında bir kimse doğal olmayan bir nedenle öldüğüne dair herhangi bir kuşku varsa Devletin soruşturma makamları aşağıdaki üç şeyi yapma yükümlülüğü altına girer:

1) Ölen kişinin ölüm nedenini, hangi koşullar altında öldüğünü, başka bir ifadeyle o kişinin ölümünü çevreleyen olay ve olguları tespit etme;

2) Ölen kişinin ölümünü çevreleyen koşullar bir kişi ya da kurumun eylem ya da ihmali olduğunu göstermesi halinde, ister birey isterse kurum olsun ölümden kimin sorumlu olduğunun tespiti ile sorumluların gerekiyorsa cezalandırılması;

3) Ölenin yakınlarının ölüme bağlı zararlarının onarımı ya da giderimi.[448]

Bu üç yükümlülük gerekli uyarlamalar yapılmak kaydıyla bütün ağır insan hakları ihlalleri bakımından geçerlidir.

VI.2. Soruşturma yükümlülüğünün hukuki temelleri

Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi için Güncellenmiş İlkeler Demeti *cezasızlığın ihlalleri soruşturma yükümlülüğünü [...] yerine getirmemesinden kaynaklandığı*" tespitinde bulunmaktadır.[449]

Etkili soruşturma yükümlülüğü bir çok insan hakları belgesinde öngörülmüştür. Örneğin, İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 12. maddesi, "*Her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede bir işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul sebepler bulunması halinde, yetkili makamlar tarafından derhal ve tarafsız bir soruşturma yapılmasını sağlar.*" diyerek soruşturma yükümlülüğünü açıkça düzenlemiştir.

448 Bkz. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 29 Temmuz 1988 tarihli *Velásquez Rodríguez v. Honduras* kararı, Series C No. 4, §§166 ve 174.

449 Güncellenmiş Cezasızlıkla Mücadele İlkeler Demeti, İlke 1.

Yine işkencenin soruşturulmasına dair Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu (İstanbul Protokolü), etkili bir soruşturmanın nasıl yapılacağına dair ayrıntılı bir rehberlik sunmaktadır.

Etkili soruşturma hakkı, ağır insan hakları ihlalleri bağlamında zorla kaybetmelere ilişkin uluslararası insan hakları belgelerinde de açıkça düzenlenmiştir. *Herkesin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*'nin 3. maddesi uyarınca, Devletler zorla kaybedilmeleri soruşturma ve sorumluları adalet önüne çıkarma yükümlülüğü altındadır. Aynı Sözleşme'nin 12. maddesi, soruşturmanın etkili bir şekilde yürütülebilmesi için gerekli asgari koşulları da ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Buna göre:

1. *Taraf Devletlerden her biri, herhangi bir kimsenin gözaltında kaybedilmeye maruz bırakıldığını iddia eden bir kişinin elindeki kanıtları yetkili mercilere sunma hakkını güvence altına alır. Yetkili merciler bunun üzerine iddiayı hemen ve tarafsız olarak değerlendirir. Yine gecikmesizin ve tarafsız bir soruşturma süreci başlatır. Gerektiğinde, şikâyetçinin, tanıkların, kaybedilenin yakınlarının ve bunların avukatlarının ve ayrıca soruşturmada yer alan kişilerin, yaptıkları şikâyet veya sundukları kanıtlardan dolayı herhangi bir kötü muameleye veya baskıya maruz kalmamaları için gerekli adımlar atılır.*

2. *Herhangi bir kimsenin gözaltında kaybedildiği yolunda makul bir gerekçenin bulunması durumunda, bu maddenin (1) fıkrasında sözü edilen yetkili merciler, ortada resmi bir şikâyet olsun olmasın soruşturma başlatır.*

3. *Taraf Devletlerden her biri, bu maddenin (1) paragrafında atıfta bulunulan yetkililerin aşağıdaki özelliklere sahip olmasını sağlar:*

   (a) *Soruşturma açısından gerekli belgelere ve diğer bilgilere ulaşma dahil, soruşturmayı gerektiği gibi yürütmeye yetecek yetki ve kaynaklara sahip olma;*

   (b) *konuya ilişkin hüküm verecek yetkili yargı merciin izni gerekiyorsa bu izni de alarak, gözaltında kaybolan kişinin halen bulunabileceği herhangi bir gözetim yerine veya mekana ulaşabilme yolunda makul işaretler.*

4. *Taraf Devletlerden her biri, soruşturmanın yürütülmesine engel olan fiilleri önlemek ve yaptırıma bağlamak üzere gerekli önemleri alır. Taraf Devletlerden her biri, özellikle, zorla kaybetme suçu işlediğinden kuşkulanılan kişinin, şikayette bulunanı, tanıkları, kaybolan kişinin yakınlarını, avukatlarını veya soruşturmaya katılan kişileri hedef alan baskı, sindirme veya misilleme gibi eylemlerle soruşturmanın gidişatını etkilememesini sağlar."*

Görüldüğü üzere 12. madde, zorla kaybetmeler bakımından *hızlı*, *tarafsız* ve *tam* bir soruşturmayı etkili bir soruşturmanın temel unsurları olarak tanımlamaktadır. Yine 12. maddenin 2. fıkrasında öngörülen yetkili mercilerin olayı öğrenir öğrenmez herhangi bir şikâyet başvurusuna gerek kalmaksızın resen soruşturma açılması yönündeki yükümlülük açıkça ifade edilmiştir. Sözleşme'nin 13. maddesi ise zorla kaybetme halinde yakınlarının soruşturma makamlarını harekete geçirmek amacıyla şikâyette bulunma hakkını güvence altına almaktadır.

Ancak bunun için savunulabilir bir iddianın varlığı ön koşuldur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, değişik kararlarında soruşturma yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için mağdurun savunulabilir bir iddiasının varlığını aramaktadır.[450]

Etkili soruşturma yükümlülüğü yukarıdakilerden başka ayrıca yaşam hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlalleri bakımından da söz konusudur. *Yargısız, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler*'in 9. İlkesi, "*keyfi ve yargısız infaz şüphesinin olduğu tüm olayların kapsamlı, derhal ve tarafsız bir şekilde soruşturulması gerekir*" hükmünü içermektedir. Keyfi tutuklamalara ilişkin olarak, örneğin, *Keyfi Tutmalara Karşı Çalışma Grubu*'nun Habeas Corpus'a İlişkin Temel İlke ve Esaslarının 15. maddesi, diğerlerinin yanında: "*Devletler, tutmanın keyfi olduğuna inanmak için makul bir nedenin olduğu durumlarda, derhal, etkili ve tarafsız soruşturmalar yapar*" demektedir.[451]

Uluslararası insan hakları organları da etkili soruşturma yükümlülüğüne tutarlı ve istikrarlı bir şekilde içtihatlarında yer vermektedirler.

İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 6. maddesine ilişkin olarak, *Almeida de Quinteros ve Diğerleri* davasında, Devletin, kaybedilen kişiye "ne olduğunu" tespit etmesi ve derhal serbest bırakılmasının sağlaması gerektiğini belirtmiştir.[452] İnsan Hakları Komitesi, daha sonraki kararlarında bu yükümlülüğü, Sözleşme'nin 2. (3) maddesinde güvence altına alınan etkili bir başvuru yolu sağlama yükümlülüğünün altında ele almıştır.[453] Komite ayrıca, *Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'ne taraf Devletlerin işkence ve diğer kötü muamele iddialarını soruşturmak yükümlülüğü altında olduğuna karar vererek şöyle demiştir: "Etkili bir başvuru yolu sağlamak için şikayetlerin yetkili makamlarca derhal ve tarafsız bir şekilde soruşturulması gerekir".[454] Komite ayrıca polisin aşırı güç kullandığı iddialarının da aynı şekilde soruşturulması gerektiği görüşünü dile getirmiştir.[455]

İşkenceye Karşı Komite de tüm işkence veya kötü muamele iddialarının İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 12. ve 16. maddelerine göre derhal ve tarafsız bir şekilde soruşturulması gerektiğini söylemiştir.[456]

450 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 29 Temmuz 2010 tarihli *Shchukin ve Diğerleri v. Kıbrıs* kararı, [14030/03], § 101.

451 Keyfi Tutmalara Karşı Çalışma Grubu, "*Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan herkesin mahkemeye başvurma hakkına dair temel İlke ve Esaslar*", UN Doc. WGAD/CRP.1/2015 (2015), İlke 15 (Başvuru yolları ve Giderimler) § 43.

452 İnsan Hakları Komitesi, 21 Temmuz 1983 tarihli, *Almeida de Quinteros ve Diğerleri v. Uruguay* kararı, [107/1981], UN Doc. CCPR/C/19/D/107/1981, § 138.

453 İnsan Hakları Komitesi'nin diğer içtihatlarının yanında: *Nydia Erika Bautista v. Kolombiya*, [563/1993], UN Doc. CCPR/C/55/D/563/1993 (1995), § 8.6; *Celis Laureano v. Peru*, [540/1993], UN Doc. CCPR/C/56/D/540/1993 (1996), § 10; *Sarma v. Sri Lanka*, [950/2000], UN Doc. CCPR/C/78/D/950/2000 (2003), § 11.

454 İnsan Hakları Komitesi'nin *İşkence ya da Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ve Ceza Yasağına ilişkin* (7. madde) 20 Nolu Genel Yorumu, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev7 (1992), § 14.

455 İnsan Hakları Komitesi'nin *Umetaliev ve Diğerleri v.Kırgızistan* kararı, [1275/2004], UN Doc. CCPR/C/94/D/1275/2004 (2008), § 9.5.

456 İşkenceye Karşı Komite'nin Sözleşme'nin Taraf Devletlerce uygulanmasının izlenmesi usulü uyarınca yayınladığı sonuç gözlemleri: Türkiye, UN Doc. CAT/C/CR/30/5 (2003), § 7(b); Slovenya, UN Doc. CAT/C/CR/30/4 (2003), § 6(c); Kamboçya, UN Doc. CAT/C/CR/30/2 (2003), § 7(c) ve (d). Ayrıca bkz: İşkenceye Karşı Komite'nin bireysel şikayet bağlamında verdiği 14 Mayıs 1998 tarihli *Encarnación Blanco Abad v. İspanya* kararı, [59/1996], UN Doc. CAT/C/20/D/59/1996, § 8.2.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Birleşik Krallık güvenlik güçlerince başvurucuların Cebelitarık'ta bir terör eylemini önleme gerekçesiyle gerçekleştirilen bir operasyon sırasında öldürülme iddiasının bulunduğu *McCann v. Birleşik Krallık* davasında, Devlet görevlilerince öldürme eyleminin gerçekleştiği her olayda, gerçeklerin araştırılması gerektiğini, zira yaşam hakkı çerçevesinde devletlerin soruşturma yapma usuli yükümlülüğü bulunduğuna karar vermiştir.[457]

Avrupa Mahkemesi'ne göre, söz konusu usuli yükümlülük, aynı zamanda kadına yönelik şiddet bağlamında özel kişiler tarafından gerçekleştirilen öldürmelere ya da öldürme teşebbüsleri,[458] kazalar,[459] bilinmeyen sebepler[460] veya intiharlar[461] gibi ihtilaflı koşullar altında meydana gelen ölümler bakımından da geçerlidir.

Dahası İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Devletlerin, endüstriyel kazalar[462] ve doğal afetler[463] gibi yaşam kaybına neden olan olaylarda kamu otoritelerinin ihmallerinin ölüme sebebiyet verdiği iddialarını araştırma yükümlülüğü bulunduğuna hükmetmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi yaşam hakkının yanında işkence ve kötü muamele yasağı ihlallerine ilişkin iddiaların her durumda, soruşturulmasını gerektirdiğine karar vermiştir.[464] Yine Mahkeme, Devletlerin zorla kaybedilme[465] ve insan kaçakçılığı[466] iddialarına ilişkin de soruşturma yükümlülüğü olduğunu teyit etmiştir. *El-Masri v. Makedonya* kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesi, davalı Devletin, başvurucunun İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına aykırı olarak keyfi bir şekilde tutuklandığına ilişkin güvenilir iddiaları hakkında ciddi bir soruşturma yapmadığına, bu durumun salt mağdurun değil yakınlarının da etkili soruşturma yapılması hakkını ihlal edebileceğini söylemiştir.[467]

VI.3. Etkili bir soruşturmanın özellikleri

Yukarıda etkili başvuru yolu hakkının bir bileşeni olan soruşturma yükümlülüğünün hukuki niteliği ve kaynakları incelenirken, bu yükümlülüğün maddi içeriğe sahip bir hak olmayıp temel olarak bir usuli güvence oluşturduğu, bu anlamıyla insan hakları hukuku uyarınca öngörülen bütün maddi hakların korunması bakımından vazgeçilmez ve yaşamsal bir öneminin bulunduğundan söz edilmişti. Hatırlanacağı gibi etkili bir başvuru yolunda olduğu

457 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, 27 Eylül 1995 tarihli *McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararı, [18984/91], § 161.

458 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 9 Haziran 2009 tarihli *Opuz v. Türkiye* kararı,[33401/02] , § 150.

459 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 15 Aralık 2009 tarihli *Kalender v. Türkiye* kararı, [4314/02], § 53.

460 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 27 Nisan 2007 tarihli *Weber ve Diğerleri v. Polonya* kararı, [23039/02], § 68.

461 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 14 Nisan 2015 tarihli *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye* kararı, [24014/05], § 171. Ayrıca bkz., şüpheli asker intiharlarına ilişkin olarak bkz., *Birleşmiş Milletler Yargısız, Kısayoldan ve Keyfi İnfazlar Özel Raportörü Christoph Heyns'in Türkiye Misyonuna* ilişkin 18 Mart 2013 tarihli Raporu, UN Doc. A/HRC/23/47/Add.2, §§ 34-36.

462 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin belediye çöplüğünün metan gazı birikmesi nedeniyle patlaması nedeniyle çöplerin bölgede bulunan gecekonduları yok etmesi sonucu meydana gelen ölümler ile ilgili 30 Kasım 2004 tarihli *Öneryıldız v. Türkiye* [BD] kararı, [48939/99], § 93.

463 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 20 Mart 2008 tarihli *Budayeva ve Diğerleri v. Rusya* kararı, [15339/02 11673/02 15343/02 ...], §142.

464 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 28 Ekim 1998 tarihli *Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan* kararı, [24760/94], §102.

465 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 24 Mayıs 2005 tarihli *Süheyla Aydın v. Türkiye* kararı, [25660/94], § 164; 25 Mayıs 1998 tarihli Kurt v. Türkiye kararı, [24276/94], § 124.

466 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 7 Ocak 2010 tarihli *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya* kararı, [25965/04], § 288.

467 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 13 Aralık 2012 tarihli *El-Masri v. Makedonya* kararı, [39630/09], § 242.

gibi etkili soruşturma yükümlülüğü de uluslararası hukukun emredici (*jus cogens*) bir normu olarak hiçbir durumda yükümlülük azaltılabilir nitelikte bir hak değildir.

Asıl olarak usuli bir güvence oluşturması için tasarlanan bir hak olmasının doğal bir sonucu olarak gerek başvuru yolu hakkı gerekse soruşturma yükümlülüğü ona başvuranların arzu ettikleri sonucu elde etmelerinin garantisini vermez. Devletler burada ona dayananlara talep ettikleri belirli bir sonucu sağlama değil, ama ister talep üzerine isterse resen usuli bir süreci harekete geçirmek ve bu süreci belirlenmiş standartlara uygun olarak doğru yönetme yükümlülüğü altına girerler.[468] Bunun anlamı, yetkili makamlar soruşturmayı uluslararası standartlara uygun olarak yürüttüğü sürece, ihlali çevreleyen olguların tam olarak aydınlatılamamış olmasının mutlaka ihlal oluşturmayabileceğidir. Bu bağlamda, eğer soruşturma, diğer şeylerin yanı sıra, faillerin saptanmasına ve eğer gerekliyse, cezalandırılmalarına olanak sağlayacak şekilde gerçekleştirildiyse, pratikte her zaman bu sonuçlara ulaşılamamış olsa da bu yükümlülük yerine getirilmiş olacaktır. Dolayısıyla yukarıdaki açıklamaların ışığında etkili bir soruşturmanın uluslararası insan hakları hukuku ve yargısal organlarının içtihatlarıyla ortaya konan *etkili* bir soruşturmanın temel unsurlarının ve bu unsurların özelliklerinin bilinmesi önem taşıyor.

Etkili bir soruşturmanın yapılabilmesi için gerekli ölçütler Birleşmiş Milletler ve bölgesel sistemler tarafından üretilen belgeler ve içtihatlarla sürekli olarak geliştirilmektedir. Soruşturmaya ilişkin modeller, özellikle Yargısız İnfazlara ilişkin BM İlkeleri ve İşkencenin Araştırılmasına İlişkin BM İlkelerinde (İstanbul Protokolü) geliştirilmiştir. Bunun yanında yargısız, kısayoldan ve keyfi infazlarla bağlantılı ölüm olaylarının soruşturulması bağlamında da 2016 tarihli gözden geçirilmiş *Minnesota Protokolü*[469] benzeri bir etkili soruşturma modelini uygulamacılara sunmaktadır.

Yukarıda ayrıntılarıyla açıklandığı üzere, uluslararası insan hakları hukuku özellikle ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda Devletleri, etkili bir cezai soruşturma yapmakla yükümlü tutmaktadır. Etkili bir soruşturmanın temel özellikleri hızlılık,[470] özen,[471] bağımsızlık ve tarafsızlık[472] ilkeleri çerçevesinde belirlenmektedir.

---

468 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 8 Nisan 2004 tarihli *Tahsin Acar v. Türkiye* [BD] kararı, [26307/95], § 223; 30 Mart 2016 tarihli *Armani Da Silva v. Birleşik Krallık* [BD] kararı, [5878/08], § 233; 23 Kasım 2017 tarihli *Tadić v. Hırvatistan* kararı, [10633/15], § 66.

469 İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Olası Hukuka dışı Ölümlerin Soruşturmasına İlişkin Minnesota Protokolü, (2016). Hukuk dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkili Bir şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına İlişkin Gözden Geçirilmiş Birleşmiş Milletler El Kitabı (Minnesota Protokolü); Güncellenmiş Minnesota Protokolü'ne internetteki: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol.pdf (20.08.2020) adresinden ulaşılabilir (Güncellenmiş Minnesota Protokolü'nün bu Rehber yayına hazırlandığı sırada henüz Türkçe çevirisi bulunmamaktaydı).

470 İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 2; İşkenceye Karşı Sözleşme, Madde 12; Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, İlke 9; İnsan Hakları Komitesi, "*Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüklerin Niteliği*"ne dair 31 Nolu. Genel Yorum, UN Doc. CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004), § 15; Ayrıca bkz., Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 7 Eylül 2004 tarihli *Tibi v. Ekvador* kararı, Series C No. 114, § 159; "*Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri*", İlke VI; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 1 Temmuz 2003 tarihli *Finucane v. Birleşik Krallık* kararı, § 70; 2 Eylül 1998 tarihli *Yaşa v. Türkiye* kararı, Reports 1998-VI, 102-04; 8 Temmuz 1999 tarihli *Çakıcı v. Türkiye* [BD] kararı, Reports 1999-IV, §§ 80, 87 ve 106; 8 Temmuz 1999 tarihli *Tanrıkulu v. Türkiye* kararı, Reports 1999-IV, § 109; 28 Mart 2000 tarihli *Mahmut Kaya v. Türkiye* kararı, Reports 2000-III, § 106-07.

471 Avrupa Konseyi, "*Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Rehber İlkeler*", İlke VI; 19 Şubat 1998 tarihli *Kaya v. Türkiye*, AİHM, karar, Reports 1998-I, § 107; İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Mart 2004 tarihli, "Sözleşmeye Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin Niteliği"ne dair 31 Nolu Genel Yorum, UN Doc. CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004), § 15; İnsan Hakları Komitesi'nin *José Vicente and Amado Villafañe Chaparro ve Diğerleri v. Kolombiya* kararı, 612/1995, UN Doc. CCPR/C/60/D/612/1995 (1997), § 8.8; Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, İlke 9; İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 2.

472 İnsan Hakları Komitesi, 31 Nolu Genel Yorum, UN Doc. CCPR/C/74/CRP.4 v. Rev.6 (2004), § 15; 20 Nolu Genel Yorum, UN Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 7 (1994), § 14; Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, İlke 9; İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 2.; İşkenceye Karşı Sözleşme, Madde 12; Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri, İlke VI.

Yine yaşam hakkı ve işkence yasağı söz konusu olduğunda resmi mercilerin mağdurlar ya da yakınlarının şikayetlerine gerek kalmaksızın resen harekete geçmeleri etkili bir soruşturmanın olmazsa olmazları arasındır.

VI.3.a. Resen soruşturma ilkesi

Uluslararası insan hakları hukuku, ister kamu görevlileri eliyle isterse üçüncü kişiler eliyle gerçekleşsin, soruşturma makamlarının şüpheli bir ölüme dair bilgi sahibi olmaları ya da bilmelerinin gerekli olduğu hallerde, mağdur ya da yakınlarının şikayetini beklemeksizin resen harekete geçerek soruşturma açmalarını şart koşmaktadır.[473]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, hangi türden bir soruşturmanın Sözleşme'nin 2. maddesiyle izlenen amaçlara ulaşmaya imkân verecek nitelikte olduğunu, koşullara göre değiştiğini söylemiştir. Soruşturmaya ilişkin özel şartlar ne olursa olsun, makamlar kendilerine başvurulduğunda resen hareket etmek zorundadır. Yetkili merciler, resmi bir şikâyette bulunma inisiyatifini veya soruşturma sürecini başlatma sorumluluğunu ölenin yakınlarına bırakamazlar.[474]

Soruşturmanın başlatılması bakımından resen harekete geçilmesi zorunluluğu, salt kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilen ölümcül güç kullanılma olaylarıyla sınırlı değildir. Bunun yanında üçüncü kişiler tarafından işlendiğinden şüphelenilen ölüm olayları hatta kişinin kendi canına yönelen intihar eylemleri bu kapsamdadır. Yine resen soruşturma açılması için ölümün gerçekleşmesi de şart değildir. Bu kapsamda ağır bir yaralama olması resen soruşturma başlatılması bakımından yeterlidir.

Bununla birlikte İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre resen soruşturma başlatılması kuralı mutlak değildir, bazı kasıt içermeyen –örneğin tıbbi ihmal (*malpraktis*) vakalarındaki gibi– şüpheli ölüm olaylarında soruşturma, mağdurun yakınlarınca yapılan şikâyete bağlı olarak da başlatılabilir.[475]

Resen soruşturma başlatılması ilkesi, işkence ve kötü muamele bağlamında da geçerli bir ilkedir.[476] İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, PKK lehine slogan atan ve polise taş atan bir grubun yanında durduğu gerekçesiyle yakalanan başvurucunun yakalanması sırasında ve polis aracında kötü muamele gördüğü iddiası yönünden tutarsız kolluk tutanaklarını göz önüne alarak savcılığın resen harekete geçmemesini etkili soruşturmanın yokluğu nedeniyle 3. madde ihlali olarak değerlendirmiştir.[477]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre, yetkililerin şüpheli ölüm, işkence ya da zorla kaybetme olaylarında resen harekete geçerek soruşturma başlatma yükümlülüklerinin mağdur ya da yakınlarını insan hakları hukukunun temel ilkelerinden biri olan ikincillik ilkesi uyarınca iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünden muaf tutmamaktadır. Avrupa Mahkemesi'ne göre, yetkili mercilere şikayette bulunma olanağına sahip başvurucuların bu olanağı kullanmaksızın yaşam hakkı ihlali yönünden yaptıkları şikayeti iç hukuk yollarını tüketmedikleri gerekçesiyle kabuledilemez bulmuştur.[478]

---

473 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 4 Mayıs 2001 tarihli *Hugh Jordan v. Birleşik Krallık* kararı, [24746/94], §105; 6 Temmuz 2005 tarihli *Nachova ve Diğerleri v. Bulgaristan* kararı, [43577/98], §111.

474 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 7 Temmuz 2011 tarihli *A*, [55721/07], § 165.

475 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 19 Aralık 2017 tarihli, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portekiz* [BD] kararı, [56080/13], § 220.

476 Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaların Etkili Soruşturulması ve Belgelenmesine Dair İlkeleri (İstanbul İlkeleri), İlke 2.

477 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 5 Temmuz 2016 tarihli *Rahmi Şahin v. Türkiye* kararı, [39041/10], §46.

478 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 27 Temmuz 2004 tarihli *Slimani v. Fransa* kararı, [57671/00], §41.

VI.3.b. Soruşturmanın derhal başlatılması ve makul hızlılık içinde tamamlanması ilkesi

Etkili bir soruşturmanın ikinci temel özelliği, özellikle ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda, yetkililerin mümkün olan en kısa sürede harekete geçerek kanıtların toplanmasını sağlamaları gereğidir. Şüpheli bir ölümle ilgili olarak derhal bir soruşturma açılmadığında yaşam hakkı ve etkili başvuru yolu hakkı ihlali ve etkili bir hukuk yolu ihlali söz konusu olur.[479] Yetkililer, mümkün olan en kısa sürede bir soruşturma başlatmalı ve bu soruşturmayı makul bir gecikme olmaksızın yürütmelidir.[480]

Bu ilke özellikle etkili bir soruşturmanın yöneldiği amaçların başında gelen ihlali çevreleyen olay ve olgular ile faillerin tespiti bakımından yaşamsal öneme sahiptir. Soruşturmanın derhal başlatılması ve makul bir gecikme olmaksızın hızla yürütülmesi yükümlülüğü, yargısız infaz gibi kamu görevlilerince hukukdışı öldürme ya da şüpheli ölüm, işkence ve kötü muamele ya da zorla kaybetme vakalarında şüpheli ölümü çevrelenen olay ve olguların hızla kaybolma, yok edilme ya da gizlenmesine yönelik güçlü ihtimaller söz konusu olduğundan, soruşturma makamlarının aynı aciliyete cevap verebilecek bir hızda harekete geçerek olayları ve olguları tespit ederek belgelendirmeleri büyük önem taşımaktadır.[481] Yine şüpheli bir ölüm gerçekleştiğinde bunu öğrenen kamu görevlileri gecikmeksizin üstlerine ya da yetkili mercilere bu durumu bildirmekle yükümlüdür.[482]

Ancak böylesi bir soruşturmanın hızlı bir şekilde yürütülmesine ilişkin yükümlülük, soruşturmaların gereksiz yere aceleye getirilmesini mazur gösteremez.[483]

Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaların Etkili Soruşturulması ve Belgelenmesine İlişkin İlkeleri (İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin Birleşmiş Milletler İlkeleri), "*Devletler[in], işkence veya kötü muamele şikayetleri ve bildirimlerinin* derhal *ve etkili bir şekilde soruşturulmasını sağlama*" yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Türkiye'ye ilişkin bir kararında jandarmanın gözaltında gerçekleşen ölümü adli makamlara bildirmeyip yakınlarının olaydan dört gün sonra savcılığa yaptıkları şikâyet üzerine soruşturmanın başlatılmasını hızlılık ilkesine aykırı bulmuştur.[484] Avrupa Mahkemesi, zorla kaybetme olaylarında yetkililerin soruşturma açmak konusunda konunun gerektirdiği hızla harekete geçmemiş olmalarını da soruşturma yükümlülüğünün ihlali saymaktadır.[485]

VI.3.c. Soruşturmanın bağımsızlık ve tarafsızlığı ilkesi

VI.3.c.i. Soruşturmanın bağımsızlığı

Soruşturma yükümlülüğü bağlamında bağımsızlık, soruşturmanın ihlal iddialarıyla bağlantısı olmayan bir makam tarafından yapılması anlamına gelir. Soruşturmanın bağımsızlığı, salt

479 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 23 Eylül 2009 tarihli *Garibaldi v. Brezilya* kararı, IACHR Series C No 203, § 39.

480 Güncellenmiş Minnesota Protokolü (2016), § 23.

481 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 25 Eylül 1997 tarihli *Aydın v. Türkiye* [BD] kararı, [23178/94], § 108.

482 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 22 Eylül 2009 tarihli, *Anzualdo Castro v. Peru* kararı, IACHR Series C No 202, § 134.

483 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 11 Şubat 2016 tarihli *Pomilyayko v. Ukrayna* kararı, [60426/11], § 53.

484 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 24 Nisan 2003 tarihli *Aktaş v. Türkiye* kararı, [24351/94], § 303.

485 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 27 Şubat 2001 tarihli *Çiçek v. Türkiye* kararı, [25704/94], § 149; 27 Temmuz 2006 tarihli *Bazorkina v. Rusya* kararı, [69481/01], §121.

soruşturmayı yapanların ihlali gerçekleştirdiği iddia edilen görevlilerle aralarında kurumsal ya da hiyerarşik bir bağlantının bulunmaması değil, soruşturma makamlarının pratikte de bağımsız olmasını gerektirir. Başka bir ifadeyle kurumsal ya da hiyerarşik bağımsızlık ön koşul olmakla birlikte soruşturma makamlarının eylem ya da işlemlerinin bu bağımsızlığı somut olay bakımından da ortaya koyabilecek nitelikte gerçekleşmesi gerekir.

İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri: "*Soruşturmacıların şüpheli faillerden ve çalıştıkları kurumdan bağımsız, yeterli ve tarafsız olmaları*" gerekliliğini ortaya koymaktadır.[486] Yargısız İnfazlara İlişkin Birleşmiş Milletler İlkeleri, soruşturmaların yetersiz olması durumunda "*Hükümetlerin bağımsız bir soruşturma komisyonu veya benzeri bir prosedürle soruşturmaları sürdürme*"si gerektiğini; *"[B]u komisyonun üyelerinin tarafsızlık, yeterlilikleri ve bağımsızlıkları ile tanınmış kişiler olmaları nedeniyle seçilmeleri*" gerektiğini belirtmektedir. Komisyon özellikle, "*soruşturma konusu olabilecek herhangi bir kurum, organ veya kişiden bağımsız*" olmalıdır.[487]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, "*Genellikle soruşturmanın yürütülmesinden sorumlu ve soruşturmayı yürüten kişilerin olaylara karışan kişilerden bağımsız olması gerektiğinin kabul edildiğini*" vurgulamaktadır. Mahkeme'ye göre, "[*B]u, yalnızca [soruşturmacılarla soruşturulanlar arasında] hiyerarşik veya kurumsal bir bağlantı olmaması gerektiği değil, aynı zamanda açık bir bağımsızlık olması gerektiği anlamına da gelmektedir*."[488] Bu bakımdan soruşturma makamlarının bağımsızlığı salt teorik olmaktan çok fiili bir bağımsızlık durumuna işaret etmektedir. Fiili bağımsızlığın ise, soruşturma makamlarının etkili bir soruşturma yürütmek için gerekli kaynaklara ve özellikle ilgili tüm aktörleri ve tanıkları ortaya çıkıp tanıklık etmeye mecbur edecek yetkiler dahil olmak üzere tam yetkili olunmasını gerektirdiği açıktır.[489]

Ancak soruşturmanın bağımsızlığının yukarıdaki tespitleri aşan bir özelliği daha vardır. İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi'ne (CPT) göre, muhtemel mağdurların ve onların yakınlarının yanı sıra kamuoyunun da hukukun üstünlüğüne olan güveninin sağlanması için bağımsız bir soruşturma yürütülmesi çok önemli bir unsurdur.[490]

Sözleşme'nin 2. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usul boyutuna ilişkin olarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi yapılan soruşturmanın bağımsızlığına ilişkin soyut bir incelemeden çok bir bütün olarak bağımsız bir soruşturma yürütülüp yürütülmediğine odaklanan somut bir incelemeye girişmektedir.[491]

---

486 Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaların Etkili Soruşturulması ve Belgelenmesine Dair İlkeleri, İlke 2.

487 Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından 24 May 1989 tarih ve 1989/65 sayılı kararla Üye Devletlere tavsiye edilen "*Hukuksuz, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler*", İlke 11.

488 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, 4 Mayıs 2001 tarihli *McKerr v. Birleşik Krallık* kararı, [28883/95], § 112; 1 Temmuz 1993 tarihli *Finucane v. Birleşik Krallık* kararı, [29178/95], § 68; *Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri*, İlke VI.

489 Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri, Madde 13 (2); Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler, İlke 10; İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Etkili Soruşturulması ve Belgelenmesine Dair BM İlkeleri, İlke 3 (a); İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 4 Mayıs 2001tarihli *Hugh Jordan v. Birleşik Krallık* kararı, [24746/94], § 127; yukarıda anılan *McKerr v. Birleşik Krallık* kararı, § 124; Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeler, İlke VI.

490 CPT, 14. Genel Faaliyet Raporu, CPT/Inf(2004) §§28 ve32 ; İstanbul Protokolü, § 74 ; İstanbul ilkeleri, İlke 2; Ayrıca bkz., Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin 19 Mart 2009 tarihli "Polisle İlgili Şikayetlerin Bağımsız ve Etkili Bir Şekilde Tespitine İlişkin Görüşü", CommDH(2009)4, §§ 63-66.

491 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 18 Aralık 2012 tarihli *Aslakhanova ve Diğerleri v. Rusya* kararı, [2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08 ve 42509/10], § 235.

Avrupa Mahkemesi, böylesi somut incelemenin sonucunda soruşturmanın bağımsızlığının bulunmadığına hükmettiği durumların bazılarını, *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye* kararında[492] örneklemiştir:

- soruşturmayı yürütenlerin muhtemel fail olması;[493]
- soruşturmacıların hakkında soruşturma yaptıkları kişilerin iş arkadaşları olmalarını ya da olma ihtimalinin bulunması;[494]
- soruşturmacıların muhtemel şüphelilerle aralarında hiyerarşik bir ilişki bulunması;[495]
- soruşturmacıların soruşturulanların cezalandırılmasına engel olmak amacıyla olayı aydınlatmak için gerekli tedbirleri almaması ya da soruşturulanların ifadelerine fazla değer vermeleri;[496]
- soruşturma açıkça gerektirdiği halde bazı olasılıkların araştırılmamasını;[497]
- fazlasıyla hareketsiz kalınan durumları.[498]

Öte yandan, bağımsızlık soruşturmayı yöneten savcılar[499] bakımından olduğu kadar soruşturmanın işleyişine yönelik işlem yapan ya da bu yönde kararlar alan bütün kamu görevlilerini kapsar. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi örneğin, bir tanığı bulmak için görevlendirilen polis memuru, muhtemel mağdura yönelik muayene ile rapor düzenleyen adli tabipler[500] ya da soruşturma izne tabiyse bu izni veren kurumların[501] bağımsızlıkları konusunda da herhangi bir şüpheli durumun olmamasını aramaktadır.

Silahlı kuvvetlerin mensuplarının gerçekleştirildiği iddia edilen ihlal soruşturmalarının yine silahlı kuvvetler tarafından gerçekleştirilmesi, bağımsız soruşturma ilkesini ortadan kaldırır. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ve Komisyonu bu durumlarda soruşturmanın İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin aradığı koşulları karşılamayacağı yorumunda bulunmuştur.[502]

---

492 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 14 Nisan 2015 tarihli *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye* [BD] kararı, [24014/05], § 222.

493 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 20 Nisan 2010 tarihli *Bektaş ve Özalp v. Türkiye* kararı, [10036/03], § 66; 18 Aralık 2002 tarihli *Orhan v. Türkiye* kararı, A, § 342,

494 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 15 Mayıs 2007 tarihli *Ramsahai ve Diğerleri v. Hollanda* [BD] kararı, [52391/99], §§ 335-341; 18 Kasım 2014 tarihli *Emars v. Letonya*, [22412/08], §§ 85 ve 95; 24 Nisan 2003 tarihli *Aktaş v. Türkiye* kararı, [24351/94], § 301.

495 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 8 Aralık 2009 tarihli *Şandru ve Diğerleri v. Romanya* kararı, [22465/03], § 74; 26 Nisan 2011 tarihli *Enukidze ve Girgvliani v. Gürcistan* kararı, [25091/07], §§ 247 ve devamı.

496 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 19 Şubat 1998 tarihli *Kaya v.Türkiye* kararı, [22729/93], § 89; 25 Haziran 2013 tarihli *Grimailovs v. Letonya* kararı, [6087/03], § 114.

497 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 20 Mayıs 1999 tarihli *Oğur v. Türkiye* [BD] kararı, [21594/93], §§ 90-91.

498 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 16 Aralık 2008 tarihli *Rupa v. Romanya (no.1)* kararı, [58478/00], §§123 ve 124.

499 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Ramsahai ve Diğerleri v. Hollanda* [BD] kararı, §§ 343-344; 8 Ocak 2009 tarihli *Barabanshchikov v. Rusya* kararı, [36220/02], , §§ 62-63.

500 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Barabanshchikov v. Rusya* kararı, § 59, bu kararda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi soruşturmalarda raporlama yapan adli tabiplerin resmi ve fiili bağımsızlıklarının olmasının ve geniş yetkilerle donatılmalarının yanında özel eğitim almış olmalarını bağımsızlıkları bakımından gerekli unsurlar olarak saymıştır; 10 Ekim 2000 tarihli *Akkoç v. Türkiye* kararı, [22947/93 ve 22948/93], §§ 55 ve 108; ayrıca bkz. CPT'nin adli tabiplerin hem resmi hem de fiili bağımsızlıktan yararlanması ve yeterli eğitim almaları gerektiğine ilişkin açıklamaları için: "Türkiye'ye dair 6 Aralık 1996 tarihli basın açıklaması", CPT/Inf (96) 34, § 6.

501 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 17 Şubat 2004 tarihli *İpek v. Türkiye* kararı, [25760/94], § 207.

502 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 29 Temmuz 1988 tarihli *Velázquez Rodríguez v. Honduras* kararı, Series C No. 4, § 180; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komitesi'nin Peru'da İnsan Haklarının durumuna ilişkin 2 Haziran 2000 tarihli İkinci Raporu, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc 59 rev, § 210; ayrıca benzer nitelikteki İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararı için bkz. yukarıda anılan *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye* [BD] kararı, § 254.

VI.3.c.ii. Soruşturma süresince şüphelilerin görevlerinden uzaklaştırılması

Soruşturmayı yürüten mercilerin bağımsızlık ve tarafsızlığı ilkesinin yöneldiği amacın doğal sonucu ve gereği, soruşturmanın selameti bakımından soruşturma sırasında durumları netleşinceye kadar ihlalin faili olduğu iddia edilen kamu görevlilerinin görevden uzaklaştırılmasıdır (açığa alma). Bu ihtiyaç bazı uluslararası belgelerde yer almakta ve insan hakları organları tarafından giderek daha fazla tanınmaktadır.

Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri,[503] Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler[504] ve İstanbul İlkeleri,[505] ihlallere karışmış olma ihtimali olanların, şikâyetçiler, tanıklar ve aileleri ile soruşturma yürütenler üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak etki sahibi olabilecekleri makamlardan ve yetkilerden uzaklaştırılmasını zorunlu görmektedirler.

Bu belgeler, şikâyetçi, tanık ve aileleri üzerinde kontrol veya yetkiye sahip olan görevlilerin görevden uzaklaştırılmasını gerektirirken, İnsan Hakları Komitesi, İşkenceye Karşı Komite ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu gerekliliği daha da berraklaştıran bir pratik geliştirmişlerdir.

İnsan Hakları Komitesi: "ciddi ihlallere karıştığı iddia edilen kişilerin, iddiaların soruşturulması sırasında resmi görevlerinden uzaklaştırılması gerektiği" konusunda ısrarcıdır.[506] İşkenceye Karşı Komite ve işkence Özel Raportörü benzer tedbirler önermişlerdir.[507]

Aynı şekilde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de "Devlet görevlilerinin kötü muamele içeren suçlarla suçlandığı durumlarda, soruşturma ya da yargılama sırasında görevlerinden alınmalarının önemli olduğunu" istikrarlı olarak vurgulamaktadır.[508]

VI.3.c.iii. Tarafsızlık

Tarafsızlık, soruşturmayı yürütenlerin peşin hükümlü ve önyargılı olmamalarını gerektirir. İhlal iddialarının ırksal, etnik, dini veya başka gruplara mensup kişilerle ilgili olduğu durumlarda tarafsızlıkla ilgili olarak özel bir sorun ortaya çıkabilir. Bu bağlamda, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, ırk ayrımcılığını suç olarak niteleyen bir yasa çıkarılmasının tek başına taraf Devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirdiği anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir. Bu bağlamda Devletlerin özenli bir şekilde ve hızla soruşturma yapma zorunluluğu vardır.[509]

Avrupa Mahkemesi, ırkçı veya etnik motivasyonlu şiddet eylemlerinin nasıl soruşturulması gerektiğine ilişkin ölçütler geliştirmiştir. Hükümetlerin, güvenlik güçlerinin, polis güçlerinin veya başkalarının etnik veya ırksal olarak ayrımcı uygulamaları bağlamında meydana gelen

---

503 Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri, 16.md.

504 Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler, İlke 15.

505 Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaların Etkili Soruşturulması ve Belgelenmesine Dair İlkeleri, İlke 3(b).

506 İnsan Hakları Komitesi'nin Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne Taraf Devletlerin uygulamalarının izlenmesi usulüne ilişkin sonuç gözlemleri: Sırbistan ve Karadağ, UN Doc. CCPR/CO/81/SEMO (2004), § 9; Brezilya, UN Doc. CCPR/C/79/Add.66 (1996), § 20; ve Kolombiya, UN Doc. CCPR/C/79/Add.76 (1997), § 32 ve 34.

507 İşkenceye Karşı Komite'nin sonuç gözlemleri Bolivya, UN Doc. A/56/44 (2001), § 89-98 ve 97; ayrıca İşkence Özel Raportörünün Tavsiyeleri için bkz., UN Doc. E v. CN.4/2003/68 (2002), Tavsiye 26(k).

508 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 2 Kasım 2004 tarihli *Abdülsamet Yaman v. Türkiye* kararı, [32446/96], § 55; *Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan* kararı, [7888/03], § 63; 8 Nisan 2008 tarihli *Ali ve Ayşe Duran v. Türkiye* kararı, [42942/02], § 64; 1 Haziran 2010 tarihli *Gäfgen v. Almanya* [BD] kararı, [22978/05], § 125.

509 Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Komitesi'nin, *L.K. v. Hollanda* kararı, 4/199, UN Doc. CERD/C/42/D/4/199 (1993), § 6.4 ve 6.6.

tüm insan hakları ihlalleri konusunda uyanık olmaları çok büyük önem taşımaktadır. Irkçı tutumların şiddete neden olduğu şüphesinin bulunduğu olaylarda, resmi soruşturmanın özenle ve tarafsız bir şekilde yürütülmesinin özellikle önemli olduğuna karar vermiştir:

> "Mahkeme, şiddet içeren olayları ve özellikle de Devlet ajanlarının sebep olduğu ölümleri soruştururken, Devlet yetkililerinin, herhangi bir ırkçı motivasyonu ortaya çıkarmak ve olaylarda etnik nefret ya da önyargının rol oynayıp oynamadığını tespit etmek için gerekli tüm adımları atma konusunda fazladan yükümlülüğü olduğu kanaatindedir. Bunun yapılmaması ve ırkçı nedenlere dayalı şiddet ve vahşetin, ırkçı boyut içermeyen davalarla aynı şekilde ele alınması, temel haklar için özellikle tahrip edici olan eylemlerin bu niteliğinin göz ardı edilmesi anlamına gelecektir."[510]

Mahkeme, Çeçen etnik kökene sahip başvurucuların işkence ve kötü muamele iddiasını ele aldığı *Makhashevy v. Rusya* kararında da ihlalin ırkçı sakilerle gerçekleşip gerçekleşmediğinin soruşturulması gereğini yinelemiştir:

> "[...] Mahkeme, buna ek olarak, kötü muamele gibi şiddet olaylarını soruştururken, Devlet yetkilileri ırkçı saiklerin maskesini kaldıracak ve önlerindeki olayda ister etnik nefret isterse önyargıların rol oynayıp oynamadığını tespit etmek için bütün makul adımları atma görevi altındadır. Hiç kuşkusuz, ırkçı nefreti kanıtlamak, genellikle uygulamada zordur. Davalı Devletin bir şiddet eyleminin altında yatan olası ırkçı motivasyonları soruşturma yükümlülüğü, en iyi çabayı gösterme sorumluluğudur ve mutlak değildir. Yetkililer, ırkçılığın neden olduğu şiddetin göstergesi olabilecek şüpheli olguları ihmal etmeksizin [olayı çevreleyen] koşullardaki delilleri toplama ve güvence altına alma, hakikati ortaya çıkaracak bütün pratik araçları ele almak konusunda makul olanı yapmalıdır."[511]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, faillerin ayrımcı motivasyonunu ortaya çıkarmak için gerekli tedbirler alma yükümlülüğünün günümüzde cinsel yönelim gibi diğer yasaklı ayrımcılık nedenleri için de ortaya çıkacağına karar vermiştir.

VI.3.d. Soruşturmanın yeterliliği ya da tamlığı ilkesi

Kamu makamlarının yargısız infaz ya da şüpheli ölüm olaylarında etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılabilmesi için soruşmanın eksiksiz/tam olması gerekmektedir. Soruşturmacılar, mümkün mertebe, bütün tanık ifadelerini, yazılı belgeleri ve fiziki kanıtları toplamalı ve (*yerinde ölçümleyerek*) teyit etmelidir. Soruşturmacıların işlemleri, hukuka aykırı ölümler bakımından hesap verilebilirliği sağlamaya; mağduru teşhis etmeye ve kanıtlar ve vakanın ciddiliği elveriyorsa sorumluların yargılanması ve cezalandırılmasını sağlamaya[512] ve gelecekte hukukdışı ölümlerin olmasını önlemeye uygun olmalıdır.

Soruşturmanın tamlığı ya da yeterliliğini ortaya koyacak bütün aşamaların tam bir listesini yapmak mümkün olmamakla birlikte, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bu konuda "makul olan bütün tedbirlerin alınması" şeklinde bir ölçütten hareket etmektedir. Alınması gerekli

510 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 26 Şubat 2004 tarihli *Nachova ve Diğerleri v. Bulgaristan*, § 157-158. Ayrıca bkz. *Menson ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD] kk., [47916/99].

511 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 31 Temmuz 2012 tarihli *Makhashevy v. Rusya* kararı, [20546/07], §§ 138 ve 178. Burada Avrupa Mahkemesi, yukarıda anılan *Nachova ve Diğerleri* kararından farklı olarak konuyu ayrımcılık yasağını güvence altına alan Sözleşme'nin 14. maddesiyle birlikte ele almamıştır. Ancak, ırkçı saikle işlenen şiddet olaylarında konunun yaşam hakkı ya da işkence boyutunun yanında ayrımcılık yasağı boyutunun da her zaman göz önünde bulundurularak ele alınmasında yarar bulunuyor.

512 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 24 Ekim 2002 tarihli *José Antonio Coronel ve Diğerleri v. Kolombiya* kararı, [Comm. No. 778/1997]; 8 Temmuz 2008 tarihli *Sathasivam v. Sri Lanka* kararı, [Comm. No. 1436/2005]; 2 Nisan 2009 tarihli *Abubakar Amirov ve Diğerleri v. Rusya* kararı, [Comm. No. 1447/2006].

bütün makul tedbirlerin neler olduğu, ihlalin niteliği ve ağırlığına bağlı olarak olayı çevreleyen koşulların anlaşılmasına yönelik soruşturma makamlarınca atılması gereken adımlar somut duruma bakılarak belirlenebilecektir.

Güncellenmiş Minnesota Protokolü, şüpheli ölüm olaylarında, soruşturma makamlarının gerekli bütün makul tedbirleri alırken aşağıdaki asgari amaçları gerçekleştirecek şekilde hareket etmeleri gerektiğini vurgulamaktadır:

(a) Mağdur(lar)ın tespiti;

(b) ölüm sebebine, fail(ler)in kimliğine ve ölümü çevreleyen koşullara ilişkin bütün maddi delillerin kurtarılması ve korunması;

(c) muhtemel tanıkların tespiti ve ölüm ve ölümü çevreleyen koşullara ilişkin kanıtların elde edilmesi;

(d) Ölüm yeri, zamanı, şekli, nedeni ile ölümü çevreleyen koşulların tespiti. Ölüm şekli belirlenirken, soruşturma doğal ölüm, kazara ölüm ve cinayet olarak ayrıştırılması, ve

(e) Ölüme kimlerin karıştığı ve ölümün gerçekleşmesindeki şahsi sorumluluklarının belirlenmesi.[513]

Yukarıda Güncellenmiş Minnesota Protokolü'nde belirtilen soruşturmanın etkili yürütülmesine yönelik amaçları unutmadan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, yaşam hakkı bağlamında yetkili makamların, diğerlerinin yanında, aşağıdaki adımları atmalarını beklemektedir:

- Görgü tanıklarının, bilirkişilerin ifadelerinin alınması;[514]
- Gerektiğinde yaralanmalara ilişkin tam ve kesin bir rapor sunacak nitelikte bir otopsi yapılması;
- Bazı durumlarda, ailenin itirazına rağmen, ölenin cesedinin mezardan çıkarılması;[515]
- Ölüm nedenine ilişkin klinik bulguların objektif bir analizi de dâhil olmak üzere, söz konusu olaylara ilişkin delilleri elde etmek için sahip oldukları makul diğer tedbirler. Bu kapsamda:
    - Olay yerinin ve ölenin fotoğraflarının çekilmesi, olay yerinin krokilerinin çizilmesi ve krokilerde ölçümlerin gösterilmesi;
    - Olay yerinden parmak izleri, tekerlek izleri, mermi kovanları gibi deliller toplanması ve en kısa sürede incelenmek üzere kriminal laboratuvara gönderilmesi.
    - Savcının olay yerine gitmesi ve olay yeri ekibinin delil toplaması;[516]

513 Güncellenmiş Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili bir Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına dair El Kılavuzu (*Güncellenmiş Minnesota Protokolü* (2016)), §25.

514 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 3 Haziran 2004 tarihli *Batı ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [33097/96 ve 57834/00], § 134.

515 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *20 Eylül 2018 tarihli Solska ve Rybicka v. Polonya* kararı, [30491/17 ve 31083/17], §§ 120-121.

516 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 20 Mart 2016 tarihli *Armani Da Silva v. Birleşik Krallık* [BD] kararı, [5878/08], § 233.

- Ölüm olayı Devlet görevlilerinin güç kullanmaları sonucu gerçekleşmişse, delillerin güç kullanımının haklı gösterilip gösterilmediğinin belirlenmesine imkân verecek şekilde toplanması

Bu anlamda soruşturmanın ölüm nedenini belirleme ya da ölümün sorumlularını tespit etme kapasitesini zayıflatan her türlü eksiklik yeterli bir soruşturma yapılmadığı anlamına gelir.[517]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi şüpheli ölüm olaylarıyla ilgili olarak soruşturma makamlarının aşağıdaki işlemleri yapılmalarını etkili soruşturma hakkını ihlal edecek denli ağır kusurlar olarak görmüştür:

VI.3.d.i. Olay yeri incelemesinde olayın aydınlatılması bakımından yaşamsal fiziki delillerin toplanmasındaki eksiklikler:

- güvenlik güçlerinin meşru savunma kapsamında öldürme iddiaları bağlamında olay yerinde boş kovan araştırmasının yapılmaması ve bu silah ile ölen arasındaki ilişkiyi gösterebilecek parmak izi alınmamasını ve barut izlerini gösterir el svaplarının alınmaması;[518]
- olay yerinin krokisinde zeminin özelliklerinin ve olay yerinde bulunanlar arasındaki mesafelerin gösterilmemiş olması;[519]
- bir apartman dairesinde silahlı çatışma sonucu öldürme olayında olay yerinin krokisinin yapılmaması;[520]
- olay yerinin fotoğraflarının çekilmemesi;[521]
- ölene ait olduğu iddia edilen silahların fotoğraflarının olay yerinde değil ama muhtemelen polis merkezinde veya savcılıkta çekilmiş olması;[522]
- olay yerinde bulunan boş kovanların veya sayısının veya olay yerindeki konumlarının kaydedilmemesi;[523]
- olayda kullanılan silahlardan çıkan kurşunların hangi silahtan çıktığını tespit etmeye yarayacak balistik incelemenin yapılmaması;[524]
- ölenin kullandığı iddia edilen silahta parmak izi aranmamış olması;[525]
- ölenin üzerinde ve giysilerinde başka bir kişiye ait iz, kan, kıl gibi izler bulunması için[526] ya da ateşli silah atış mesafesinin belirlemeye yarayan ölenlerin giysilerinin

517 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD] kararı, § 166.

518 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 3 Aralık 2000 tarihli *Gül v. Türkiye* kararı, [22676/93], §89.

519 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 6 Temmuz 2005 tarihli *Nachova ve Diğerleri v. Bulgaristan* [BD], [43577/98 ve 43579/98], §115.

520 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 28 Mart 2006 tarihli *Perk ve Diğerleri v. Türkiye*, [50739/99], §80.

521 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 13 Eylül 2005 tarihli *Hamiyet Kaplan ve Diğerleri v. Türkiye*, [36749/97], §62.

522 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Gül v. Türkiye* kararı, §89.

523 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 14 Mayıs 2002 tarihli *Şemsi Önen v. Türkiye* kararı, [22876/93], §88.

524 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 13 Eylül 2005 tarihli *Hamiyet Kaplan ve Diğerleri v. Türkiye*, [36749/97], §62.

525 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 28 Mart 2000 tarihli *Kaya v. Türkiye* kararı, [22535/93], §89; 27 Temmuz 2004 tarihli *Ağdaş v. Türkiye* kararı, [34592/97], §101.

526 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 30 Mart 2004 tarihli *Nuray Şen v. Türkiye* (no. 2) kararı, [25354/94], §177

muhafaza altına alınmaması, üzerindeki olası barut kalıntılarının incelemesinin yapılmamasını;[527]

- gözaltında ölüm olayında olay yerinin sadece olaya karışmış olabilecek güvenlik güçleri tarafından incelenmiş olması;[528]

soruşturma eksiklikleri olarak görmüştür.

VI.3.d.ii. Şüpheli ölüm olayının aydınlatılması bakımından yaşamsal olan otopsinin yapılmaması ya da usulüne uygunluğuna ilişkin kusurlar:

Şüpheli ölüm olayının aydınlatılması hedefine yardımcı olması için neredeyse her zaman bir otopsi yapılması gerekecektir.

Ölü muayenesi ve otopsi raporları, özellikle tanık bulunamadıysa ya da yoksa şüpheli ölümün nedenini ve ölümün nasıl meydana geldiğini ortaya çıkaracak en önemli maddi delil, otopsi işlemi sırasında ortaya çıkacak maddi bulgular olacaktır. Dolayısıyla otopsinin nitelikli eğitim almış ve deneyimli bir adli tabip tarafından yapılması gereklidir.[529] Soruşturma makamlarının otopsinin yapılmasına gerek olmadığına ilişkin kararları yazılı ve gerekçeli olmalı; her durumda yargısal denetime tabi olmalıdır.[530]

Birleşmiş Milletler tarafından 1991 yılında kabul edilen "*Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili bir Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına dair El Kılavuzu*"nda, savcılar ve adli tıp personeli tarafından otopsi yapılırken uyulması gereken ilkeleri belirleyen bir örnek otopsi protokolü (*Minnesota Protokolü*) yer almaktaydı. *Minnesota Protokolü* aradan geçen 25 yıllık süreçte adli bilimlerdeki gelişmelere içerecek şekilde eski protokol 2016 yılında güncellenmiştir.

Güncellenmiş Minnesota Protokolü'nde artık ölü muayenesinden bahsedilmemekte ve sistematik otopsinin şüpheli ölüm olaylarında standart hale geldiği görülmektedir. *Güncellenmiş Minnesota Protokolü*'nün 149. paragrafı, klinik hekimler ile adli tabipler arasındaki farklara dikkat çekilmiş ve bu farkların ölümü çevreleyen olguların ve ölüm sebebinin tespitindeki önemi, adli tabibin görevleri ve otopsinin hedeflediği sonuçlara vurgu yapılmıştır:

> "Klinik hekimlerin görevi halk tarafından genel olarak anlaşılırken, bu durum adli tabipler bakımından geçerli değildir. Adli tabibin ölümün soruşturulmasına ilişkin görevleri:
>
> *(i) maktulün kimliğinin tespitine yardımcı olmak;*
>
> *(ii) ölüm sebebi ile koşullarının ortaya çıkarılmasına yardımcı olmak ve*
>
> *(iii) dikkat ve yeteneğini bu işe vakfetmektir. Bu görevlerin yerine getirilmesi otopsinin temel amaçlarının anlaşılmış olmasını gerektirir.*
>
> *Bu amaçlar:*
>
> *(i) maktulün (gerektiğinde) bütün fiziki özelliklerini ortaya çıkarmak ve kaydetmek;*

527 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 26 Nisan 2016 tarihli *Cangöz ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [7469/06], §134; 25 Nisan 2006 tarihli *Erdoğan ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [19807/92], §§ 61, 80 ve 93; *Gülbahar Özer ve Diğerleri v. Türkiye*, §§ 19 ve 67; 6 Ekim 2015 tarihli *Kavaklıoğlu ve Diğerleri v. Türkiye*, [15397/02], § 86.

528 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 24 Nisan 2003 tarihli *Aktaş v. Türkiye* kararı, [24351/94], §301.

529 Güncellenmiş Minnesota Protokolü (2016), § 148.

530 Güncellenmiş Minnesota Protokolü (2016), § 25 son.

(ii) yaralanmalar dahil mevcut bütün patolojik süreçleri ortaya çıkarmak ve kaydetmek;

(iii) maktulün (gerektiğinde] kimliği hakkında sonuçlar çıkarmak ve

(iv) ölüm nedeni ve ölüme katkıda bulunan unsurlara ilişkin sonuçlar çıkarmaktır. Ölüme yol açan koşullar bilinmediğinde ya da söz konusu olduğunda, adli tabip bu koşulların yeniden yapılandırılabilmesi için otopsi bulgularıyla sonuçlarını [olaya] uygular. [Adli] tabip ölüm mahallinde, tercihen maktul in situ *(ilk bulunduğu) haldeyken, hazır bulunmalıdır."*

Yine *Güncellenmiş Minnesota Protokolü*'nün 150. paragrafı, ayrıca otopsi bulgularının bağımsız olarak bir adli patoloji uzmanı tarafından yorumlanmasının önemine de değinmektedir:

> "Adli tabip, olumlu ve ilgili olumsuz gözlemleri ve bulguları, farklı bir zamanda kendi bağımsız sonuçlarına varabilmesi için başka bir adli patoloji uzmanına [inceleme] olanağı sağlayacak şekilde kaydetmelidir. Adli patoloji asıl olarak görsel bir uygulama olduğundan, bu, kaliteli –tercihen renkli– fotoğrafa dayanmayı gerektirir."

Bunlara ek olarak, *Güncellenmiş Minnesota Protokolü*, maktulün üzerindeki izlerin işkenceye işaret etmesi halinde adli tabibin görevinin kapsamını da 151. paragrafında belirlemiştir:

> "Otopsi raporu, yetkililer ve diğerleri tarafından maktulün saldırıya uğrayıp uğramadığını (işkence veya kötü muamele görüp görmediği dahil) ve yaraların ölüme neden olup olmadığını veya [buna] katkıda bulunup bulunmadığını belirlemeye yardımcı olmak için kullanılabilir. Bu bakımdan otopsi raporu, salt bulguların ve yaraların bir listesini değil, aynı zamanda bunların bir yorumunu da içermelidir. Adli tabip, örneğin işkence sırasında meydana gelebilecek gibi, belirli bir mekanizma tarafından belirli yaralanmalara neden olduğuna inanıyorsa, o zaman otopsi raporunda bu görüşü yazılı olarak belirtmesi şiddetle tavsiye olunur. Ek olarak, Buna ek olarak, bir grup yaralanma, birlikte değerlendirildiğinde, belirli bir kötü muamele örüntüsüne işaret ediyorsa, bu da otopsi raporunda açıkça belirtilmelidir. Adli tabip, maktulün saldırıya (veya işkenceye) uğrayıp uğramadığı konusunda nihai kararı veremeyebilir, ancak mümkünse yaraların nasıl oluştuğunu yorumlamak ve açıklamak kendi görevidir. Gözlenen yaralanmalar ile [bunların] gerçekleştirilme mekanizması arasındaki bağlantılar adli tabip tarafından kurulmazsa, otopsiyi fiilen yapmanın asıl değeri –ölümün ardındaki gerçeği bulmaya yardımcı olmak– kaybolabilir."

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Minnesota Protokolü'nde öngörüldüğü şekilde, ölüm nedeninin belirlenmesi için otopsi yapılmasını aramaktadır. Avrupa Mahkemesi, buna ek olarak otopsi yapılma gerekliliği ve otopsi sonuçlarının yorumlanması bağlamında aşağıdaki kusurları etkili soruşturma hakkı ihlali olarak görmektedir:

- çatışma sırasında ölümün meydana geldiğine dair başka belirtiler olmamasına rağmen ölen kişi üzerinde sadece yüzeysel bir ölü muayenesi yapılıp klasik otopsi yapılmaması;[531]
- savcının morgda yaptığı gözlem sonucu kalbe ve ciğerlere giren kurşunların ölüme sebebiyet verdiğini belirterek otopsiye gerek görmemesi;[532]

531 12 Ekim 2006 tarihli *Estamirov ve Diğerleri v. Rusya* kararı, [60272/00], §91.

532 28 Ekim 2004 tarihli *Zengin v. Türkiye* kararı, [46928/99], §51.

- savcının kurşun yarasının ölüme sebebiyet verdiğinin kesin olduğunu belirterek ölen kişi ile atış mesafesi ve pozisyonlar ile atış zamanını ortaya çıkarabilecek tam otopsi yapılmasını gerekli görmemesi;[533]
- gözaltından salıverildiği kanıtlanmayan kişinin daha sonra bulunan cesedinde tam otopsi yapılmaması;[534]
- yer gösterme işleminde çıkan çatışmada altı kurşun yarasıyla ölen kişiye otopsi yapılmaması;[535]
- ölü muayenesine uzman doktorun katılmaması ve tam otopsi yapılmaması;[536]
- Otopsinin adli tıp uzmanı tarafından yapılmaması;[537]
- faili meçhul ölüm olayında tam otopsi yapılmaması;[538]
- gözaltında intihar iddiası ile ilgili otopsi yapılmaması;[539]
- otopside organların çıkarılıp tartılmaması, kalbin ve boynun açılmaması ile elektrik şoku ile başka tür kötü muamele izlerinin tespitine yaracak her hangi bir histopatolojik örnek alınıp analize gönderilmemesi;[540]
- klasik otopsi yapılmasına rağmen ölüm sebebini tam olarak belirlemeye yetmeyen bir otopside maktulün vücudunda görülen yaraların tıbbi açıklamasının yapılmamasını;[541]

Birden fazla rapor varsa ve raporlarda ölüm sebebine veya zamanına ilişkin çelişkiler söz konusuysa, bu çelişkilerin giderilmesi için gerekli adımların atılmaması da etkili bir soruşturma yükümlülüğü bakımından ihlal oluşturur.[542]

Görüldüğü gibi, yaşam hakkı, işkence ve zorla kaybetme olaylarında etkili soruşturma yükümlülüğüne uyulmadığı iddiaları bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, özellikle soruşturmanın sonuçlarının, ilgili bütün unsurların özenli, objektif ve tarafsız bir incelemesine dayanıp dayanmadığını da denetlemektedir. Soruşturmanın sonuçlarının gerekli bütün unsurların özenli, objektif ve tarafsız bir inlemesine dayanmaması, olayı çevreleyen koşulların ve sorumluların tespit edilmesini de olumsuz etkilemektedir.[543]

IV.3.e. Soruşturmanın saydamlığı ilkesi

Yukarıda soruşturmanın bağımsızlığı ilkesinin, soruşturmanın etkililiğinin güvencelerinden biridir. Bu bağlamda mağdurlar ve ailelerinin yanında kamuoyunun hukukun üstünlüğü ilkesine olan güveninin sağlanması bakımından saydamlığın sağlanmasının önemine değinilmişti. Etkili soruşturma yükümlülüğü, aynı zamanda soruşturmanın saydam bir şekilde yürütülmesini de zorunlu kılmaktadır.

533 20 Mayıs 1999 tarihli *Oğur v. Türkiye* [BD] kararı, [21594/93], §89.
534 24 Mayıs 2005 tarihli *Süheyla Aydın v. Türkiye* kararı, [25660/94], §174.
535 17 Mart 2005 tarihli *Gezici v. Türkiye* kararı, [34594/97], § 60.
536 Yukarıda anılan *Tanrıkulu v. Türkiye* kararı, §106.
537 9 Mayıs 2003 tarihli *Tepe v. Türkiye* kararı, [27244/95], §154.
538 28 Mart 2000 tarihli *Mahmut Kaya v. Türkiye* kararı, [22535/93], §104.
539 30 Kasım 2004 tarihli *A.K. ve V.K. v. Türkiye* kararı, [38418/97], §55.
540 10 Nisan 2001 tarihli *Tanlı v. Türkiye* kararı, [26129/95], §150.
541 27 Haziran 2000 tarihli *Salman v. Türkiye* [BD] kararı, [21986/93], §107.
542 13 Haziran 2002 tarihli *Anguelova v. Bulgaristan* kararı, [38361/97], §143.
543 Yukarıda anılan *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye* [BD] kararı, § 175.

Soruşturma süreçleri ve sonuçları, kamuoyunun[544] yanında mağdurlar ve ailelerinin incelemesi dahil saydam olmalıdır. Saydamlık, soruşturmanın dışarıdan izlenebilmesi ve hesap verilebilir olmasını destekler. Bu anlamıyla "hakikat hakkı" ile de yakın bağları söz konusudur. Dolayısıyla saydamlık ilkesinin iki yüzü bulunur. Birincisi soruşturmanın mağdura ve/veya yakınlarının erişim ve katılımına açıklığı; [545] ikincisi ise daha geniş bir hesap verilebilirliğin sağlanması bakımından soruşturma süreçleri ile sonuçlarının kamuoyunun erişim ve denetimine açıklıktır. Bu ilke uyarınca Devletler soruşturmaların saydamlığını sağlamaya dönük açık politikalar benimsemelidir.

İlke bu olmakla birlikte, saydamlık koşulu soruşturmanın etkili bir şekilde yürütülebilmesi bakımından mutlak olarak uygulanamaz. Öte yandan soruşturma makamlarının soruşturmanın saydamlığına ilişkin getirilmesini düşündükleri herhangi bir sınırlama, soruşturma işlemlerinden etkilenen *bireylerin mahremiyetini ve güvenliğini korumak*, devam eden *soruşturmaların bütünlüğünü sağlamak* veya istihbarat kaynakları veya askeri veya polis operasyonları hakkında *hassas bilgileri güvence altına almak* gibi meşru bir amaca dayanmalı ve bu amacın sağlanabilmesi bakımından kesinlikle gerekli olmalıdır. Soruşturma makamları hiçbir koşulda, herhangi bir zorla kaybetme veya yasadışı öldürme mağdurunun akıbetini veya nerede olduğunu gizleyecek veya sorumlular için cezasızlığa neden olacak şekilde soruşturmaların saydamlığına kısıtlama getiremez.[546]

Burada soruşturmalara getirilecek kısıtlamaların gerekliliği olayı çerçeveleyen somut durum gözetilerek değerlendirilmelidir.[547] Ancak soruşturmanın kamuoyuna ve geniş anlamda mağdurların katılımına getirilecek sınırlandırmalara ilişkin değerlendirme *dar yoruma tabidir*. Bu anlamda soruşturma sonunda verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar gerekçeli olarak kamuoyuna açıklanmalı ve mağdur ya da mağdur ve/veya ailelerine tebliğ edilmelidir.[548]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Caracazo v. Venezuela (Giderim) kararında: "Amerikan Sözleşmesi'ne taraf bütün Devletlerin, insan hakları ihlallerini soruşturma ve söz konusu ihlalin faillerini ve onların şeriklerini cezalandırma görevi" olduğunu ve "kendisini bu tür ihlallerin mağduru olarak gören herkesin, kendi yararı ve bir bütün olarak toplumun yararı için devletin bu görevini yerine getirmesini sağlamak üzere adalet sistemine başvurma hakkı" olduğunu; ayrıca, "mağdurların, akrabalarının ya da temsilcilerinin 'soruşturmanın gizliliği' gerekçesiyle ceza soruşturmalarına ve süreçlerine erişim sağlayamamalarını" da eleştirmiştir.[549]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Juan Humberto Sánchez kararında, "mağdurun yakınlarının, ulusal yasalara ve İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin hükümlerine uygun olarak söz konusu soruşturmanın tüm aşamalarına ve düzeylerine tam erişim ve katılma hakkına sahip olması" gerektiğini, "Honduras halkının hakikati öğrenmesi için soruşturma sonuçlarının halka duyurulması gerektiğine" hükmetmiştir.[550]

---

544 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 4 Mayıs 2001 tarihli *Hugh Jordan v. Birleşik Krallık* kararı, [24746/94], § 109.

545 3 Haziran 2004 tarihli *Batı ve diğerleri v. Türkiye kararı,* [33097/96 ve 57834/00], §137.

546 Güncellenmiş Minnesota Protokolü, § 33.

547 yukarıda anılan *Ramsahai ve Diğerleri v. Hollanda* [BD], § 353; 24 Mart 2011 tarihli *Giuliani ve Gaggio v. İtalya* [BD], [23458/02] § 304.

548 4 Mayıs 2001 tarihli *McKerr v. Birleşik Krallık* kararı, [28883/95], § 145; yukarıda anılan *Hugh Jordan v. Birleşik Krallık* kararı, § 122 vd.; 4 Mayıs 2001 tarihli *Kelly v. Birleşik Krallık* kararı, [30054/96], §§ 116 vd.

549 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 29 Ağustos 2002 tarihli *Caracazo v. Venezuela (Giderim)* kararı, Series C No. 95, §§ 115.

550 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 7 Haziran 2003 tarihli *Juan Humberto Sánchez v. Honduras* kararı, karar, Series C No. 99, § 186.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin soruşturmaların saydamlığı ilkesini mağdurların yakınlarının ve halkın hakikati öğrenme hakkıyla bağını kurması tesadüfi değildir. Sonuçta Amerikalılar Arası Mahkemesi bu kararla uluslararası insan hakları hukukundaki gelişmeleri yansıtmaktaydı. Bu karardan dört yıl sonra Birleşmiş Milletlerce imzaya açılan *Herkesin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmesi*'nin (2007) 24. maddesinin 2. fıkrası "*Her mağdurun, zorla kaybetme olayının gerçekleştiği koşulları, yapılan soruşturmanın yürütülmesini, sonuçlarını ve kaybedilen kimsenin akıbetini bilme hakkı vardır. Taraf Devletlerden her biri bunların sağlanması için gerekli önlemleri alacaktır.*" hükmünü öngörerek bu hakkı açıkça tanıyan ilk uluslararası insan hakları sözleşmesi olmuştur. Başka bir deyişle, bazı bulgular ceza soruşturması ya da kovuşturmasının selameti amacıyla gizli tutulabilse de mağdurun akıbeti ve nerede olduğuna ilişkin bilgiler her koşulda aileyle paylaşılmak zorundadır.

Her ne kadar soruşturma makamlarının soruşturma dosyasını meşru sebeplere dayalı gerekçelerle soruşturma dosyasına erişime kısıtlama getirebilecekleri insan hakları hukukunca kabul ediliyor olsa da, bu durum ağır insan hakları ihlalleri veya uluslararası ceza hukukunda öngörülen suçlar ile *yaşam*, *kişi özgürlüğü ve güvenliği* haklarının sistematik veya yaygın ihlalleri de dahil olmak üzere uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri ile ilgili bilgiler, ulusal güvenlik gerekçesiyle gizli tutulamazlar. İnsan hakları ya da insancıl hukukun ihlaline ilişkin bilgiler *yüksek açıklanacak bilgi karinesine* tabidirler ve sorumlu tutulmayı önleyecek ya da bir mağduru etkili başvuru yolu ve giderime erişimden mahrum bırakacak şekilde ulusal güvenlik gerekçesine dayanılarak bu tür bilgiler gizli tutulamazlar. [551]

Söz konusu gizli tutulamama durumu, uluslararası insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri ile ilgili hakikatlerin mağdurlar ve bir bütün olarak toplum tarafından öğrenilmesinin temel aracı olan kilit soruşturmalar için özellikle geçerlidir.[552] Ağır uluslararası insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerine ilişkin bilginin açığa çıkarılmasında çok güçlü bir kamu yararı bulunduğu konusunda uluslararası toplumca genel kabul gören bir görüş birliği söz konusudur.

Soruşturma, yalnızca soruşturmanın yöntem ve bulgularına ilişkin bilgiler dahil, nihai sonucunu belirleyen gerekçeli kararın hemen kamuya açıklanması halinde amacını yerine getirecektir.[553] Nihai kararda, soruşturmaya konu olay ve olgulara ilişkin tespitlerin yanında bu olgulara yönelik bulguların dayandığı kanıtlar ayrıntılı olarak açıklanmalı ve kimlikleri kendi güvenlikleri için saklı tutulanlar dışında, tanık listesi de karara eklenmelidir.[554] Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi soruşturmaya ilişkin bulguların kamuoyuna duyurulması gerektiğini vurgulamaktadırlar.[555]

551 Ulusal Güvenlik ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Küresel İlkeler, (Tshwane İlkeleri), 2013, İlke 10.A(1) ve İlke 10.A(2). Bu ilkenin başlığı "Yüksek Bilgi Karinesi ya da Açıklama Lehine Ağır Basan Menfaat Kategorileri" olarak adlandırılmıştır (Categories of Information with high presumption or Overriding interest in favor of disclosure).

552 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan 24 Temmuz 2014 tarihli *El-Masri v. Makedonya* kararı, § 495; ayrıca Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 31 Ağustos 2011 tarihli *Contreras ve Diğerleri v. El Salvador* kararı, Serie C 232, §§ 26 ve 173; BM Giderim İlkeleri, § 22(b).

553 Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri, madde 14(4).

554 Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler, İlke 17; İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 5(b) ve ayrıca Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin yukarıda değinilen *Juan Humberto Sánchez v. Honduras* kararı, §186.

555 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *McKerr v. Birleşik Krallık* kararı, § 141; ayrıca Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Juan Humberto Sánchez v. Honduras* kararı, § 186.

IV.3.f. Şikayetçilerin, mağdurların, yakınlarının ve tanıkların misillemelere karşı korunması

İnsan hakları hukuku, zorla kaybetmelerin mağdurların yakınları üzerinde ağır üzüntü ve ıstırabın yarattığı travmatik sonuçları tanımaktadır.[556] Mağdurlar ile yakınlarını koruma sorumluluğu, "Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri'nin 13/3. maddesi, Herkesin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmesi'nin 12. maddesi ve İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 13. maddesi ile başka bazı sözleşmelerde ve sözleşme dışı belgelerde de yer almaktadır.[557]

Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler ile İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkelerinin her ikisi de şikayetçilerin, tanıkların, soruşturmayı yürütenlerin ve ailelerinin şiddetten, şiddet tehdidinden ya da diğer her türlü aşağılamadan korunmasının zorunluluğuna göndermede bulunmaktadır. Ölenlerin aileleri ve hukuki temsilcilerinin bilgilere erişme ve delil sunma hakları olmalıdır. Soruşturmanın tamamlanması ile maktulün cesedi ailelerine teslim edilmelidir.[558] Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin de Devletlerin hukuk uygulayıcıları ile soruşturmacılarının, tanıkların ve mağdur yakınlarının korunması için gerekli tüm önlemleri almasının önemini ortaya koyan kararları söz konusudur.[559]

VI.4. Zorla kaybetme fiillerine özgü etkili soruşturma sorunları

Zorla kaybetme vakalarında soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi bu suçun çoklu ihlallere neden olan karmaşık ve sui generis niteliğine uygun bir şekilde soruşturulabilmesine doğrudan bağlıdır. Zorla kaybetme, tanımı gereği eylemin gerçekleşmesiyle birlikte mağdurun birden fazla hak ve özgürlüğünü ihlal edilebilir ya da tehlike altına sokabilir. Yine kaybetme eylemi, gerçekleştiği andan başlayıp mağdurun akıbeti belli oluncaya kadar süren dolayısıyla süregelen bir ihlal oluşturur. Öte yandan bu eylem, salt doğrudan mağdur üzerinde değil, mağdurun akıbeti hakkında kendilerine haber verilmeyen yakınları üzerinde de etki ve sonuçlar doğurur.

Kaybetmenin yarattığı belirsizlik uzadıkça bu etkiler ağırlaşır ve işkence yasağı ve yaşam hakkı gibi başka hak ve özgürlüklerin ihlali de gündeme gelir. Dolayısıyla özgürlükten yoksun bırakma ve beraberinde mağdurun özgürlüğünden yoksun bırakılmış olduğunu inkâr, nerede olduğunu ve akıbetini gizleme ve beraberinde işkence ve kötü muamele ya da yaşam hakkı ihlallerinin birlikte etki gösterdiği karmaşık bir suçtur ve mağdurun akıbeti belirsiz kaldığı sürece bu suç işlenmeye devam eder.

Dolayısıyla, zorla kaybetmeyi oluşturan eylemlerin her biri kendi başına farklı birer suç eylemi olarak görülüp bu şekilde soruşturulma yoluna gidilebilir

Özgürlükten yoksun bırakma söz konusu olduğunda, bu başından itibaren keyfi ve hukuksuz bir tutma olabileceği gibi ilk aşamada "hukuka uygun" bir yakalama ve gözaltı ile başlayıp

556 Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri, madde 13(3).

557 Cezasızlıkla mücadele yoluyla insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için güncellenmiş ilkeler demeti'nin 10. ilkesi; Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurları için Başvuru Yolu ve Giderim Hakkına Dair Temel İlkeler ve Rehber Kurallar'ının İlke VI, §10, İlke VIII, §12(a); Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri, İlke VII; İstanbul Protokolü, §§ 97-97.

558 Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler, İlke 15; İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 3(b).

559 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 25 Kasım 2003 tarihli *Myrna Mack-Chang v. Guatemala* kararı, Series C No. 101, § 199.

sonrasında keyfi tutma ve daha da sonra insan kaçırmaya dönüşebilir. İlgili kişinin akıbeti veya yerinin gizlenmesi sürecinde, gözaltı kayıtlarının değiştirilmesi veya tahrif edilmesi ve/veya bu kayıtların ya da özgürlüğünden yoksun bırakma durumunu veya kişinin yeri ve akıbetini kayıt altına alan belge delillerinin yok edilmesi gibi çok çeşitli biçimlerde eylem gerçekleştirilebilir.

Bütün bu eylemler, kendi başlarına farklı suçlar olarak görülebilir. Ancak bu bağlamda, bu farklı eylemlerden oluşan farklı suçlar aslında daha ciddi bir suçu – yani zorla kaybetme suçunu – işlemenin araç fiilleridir ve dolayısıyla tek başına ve birbirinden bağımsız eylemler olarak değil, daha ağır bir suçu oluşturan kaybetme eyleminin unsurları olarak anlaşılmalı ve soruşturulmalıdır. Aksi halde bütün bu farklı eylemlerin arkasındaki ortak suç işleme saiki (motivasyonu) gözden kaçırılmış olacaktır. Bunun doğal sonucu zorla kaybetme suçunun soruşturmaya tabi tutulmaması ve dolayısıyla failler ve suç ortaklarının da bu suçtan değil daha hafif suçlardan ötürü soruşturulup yargılanmaları ve suç sabit görülmesi halinde eylemin ağırlığıyla orantısız cezalar olacaktır.

Soruşturmanın parçalı hale getirilmesi, yani hepsi bir araya geldiğinde zorla kaybetme suçunu oluşturan her bir tekil eylemin ayrı ayrı ve birbirinden kopuk bağlantısız eylemler olarak soruşturulmasının sonucu suçun kendisinin soruşturulmadan bırakılması anlamına gelir. Bu durum tam olarak Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "*adaletin tecellisine karşı hile*" olarak adlandırdığı olguya karşılık gelir ve cezasızlığa yol açan esaslı bir sorun oluşturur. Sonuç olarak böylesi durumlarda zorla kaybetme suçunun oluşturduğu ihlallerin etkili bir şekilde soruşturulmasına yönelik Devletin etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü yerine getirdiği söylenemeyecektir.

Toparlamak gerekirse etkili bir soruşturma bakımından aşağıdaki hususlara dikkat edilmelidir:

- İnsan hakları ihlali mağdurları ve yakınları, soruşturma makamının kişisel ve kurumsal bağımsızlığını gerektiren, derhal, tarafsız, eksiksiz ve bağımsız bir resmi soruşturma yapılmasını isteme hakkına sahiptir.
- Soruşturma faillerin tespitine ve gerektiğinde cezalandırılmasını sağlama kapasitesine sahip olmalıdır.
- Soruşturma makamlarının teorik değil, ama uygulamada da bağımız olması ve etkili bir soruşturma yürütülebilmesi için özellikle de tüm tanıkların ifade vermesini sağlamak dahil gerekli yetki ve kaynaklar sağlanmalıdır.
- Mağdurlar ve yakınları, delillere itiraz etme ve delil sunma ve soruşturmalar hakkında bilgilendirilme ve bunlara erişim hakkını içerecek şekilde, soruşturmaya etkili bir şekilde katılma hakkına sahiptir. Bu ayrıca, özellikle danışmanlık, tavsiye ve gerekirse adli yardım ve tercüman sağlanmasını da içeren yardım sağlanmasını da kapsar.
- Mağdurlar, yakınları ve tanıklar, tehditler ve gözdağı da dahil olmak üzere misillemeye karşı korunmalıdır.
- Soruşturma sürecinde soruşturmacılar tüm kanıtları toplamalı ve belgelendirmeli, ihlale ilişkin gerçekleri ve nedenlerini açıklamalı ve soruşturmanın yöntemlerini, kanıtlarını ve sonuçlarını mağdurlara, onların yakınlarına ve halka açıklamalıdır.

- Soruşturmanın muhtemel faili olan kamu görevlileri soruşturma süresi boyunca görevden uzaklaştırılmalıdır.
- Devlet görevlilerinin doğrudan ya da sessiz kalarak dolaylı parçası haline geldikleri ya da üçüncü kişilerin neden olduğu ırkçı saiklerle olanlar dahil herhangi bir ayrımcılık nedeninin altında yattığından şüphelenilen şiddet eylemlerine ilişkin soruşturmalarda, yetkililer, herhangi bir ırkçı amacı saptamak ve etnik nefretin ya da ön yargının olaylarda rol oynamış olup olmadığını belirlemek için tüm makul adımları atma konusunda ek bir yükümlülük altındadır.

MODÜL VII

İNSAN HAKLARI İHLALLERİNİ YARGILAMA VE CEZALANDIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

HAZIRLIK SORULARI

- İnsan hakları ihlallerini kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğünün kapsamı nedir?
- Uluslararası yargısal ve siyasal mekanizmaların tanımlamaları ve içtihadı ne yöndedir?
- Ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü ne gibi farklar taşır?
- Evrensel yargı yetkisi ne demektir? Hangi durumlarda geçerlidir?
- Cezasızlık bağlamında Devletlerin cezalandırma yükümlülüğünü hangi durumlarda ihlal ettiği gözlemlenmektedir?

MODÜL VII:

İnsan Hakları İhlallerini Yargılama ve Cezalandırma Yükümlülüğü

VII.1. Genel belirlemeler

Etkili başvuru yolu hakkının, Devletleri ağır insan hakları ihlalleri meydana geldiğinde ihlali çevreleyen olay ve olguları ve fail(ler)i tespit etme, yargılama ve uygun bir cezaya çarptırma ve mağdurlara giderim sağlama sorumluluğu altına soktuğu önceki modülde belirtilmişti.

Cezasızlıkla mücadele bağlamında soruşturma yükümlülüğünün doğal bir uzantısı olarak ihlali çevreleyen olay ve olgular ile faillerinin etkili bir soruşturma sonunda tespiti halinde, beraberinde yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü de devreye girecektir. Yargılama, daha özelde ceza usul hukuku terimleriyle konuşacak olursak, ağır insan hakları ihlallerinin sanığı olarak yargı önüne çıkarılanların adil yargılanma ilkelerine uygun olarak kovuşturulmaları, suçlu bulunmaları halinde uygun ve yeterli bir cezaya çarptırılmaları sorunu cezasızlıkla mücadelenin merkezinde yer alır.

Bu bağlamda *Cezasızlıkla Mücadele Güncellenmiş İlkeler Demeti*'nin, "*cezasızlığın, ihlallerin [...] kovuşturulmasını, yargılanmasını ve gereğince cezalandırılmasını sağlamayarak adalet alanında tedbirleri[n] al[ın]mamasından kaynaklandığı*" tespitinde bulunduğu hatırlanmalıdır.[560] Dolayısıyla, uluslararası insan hukukunda kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü, genellikle mağdurların "*adalet hakkının*" asli karşılığı ve cezasızlıkla mücadele yükümlülüğü de Devletin temel bir ödevi olarak anlaşılmaktadır.

Ağır insan hakları ihlallerinde cezasızlığın ortadan kaldırılmasına ilişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri'nde de "*Devletler, mağdurlar için adalet sağlamak, gelecekteki insan hakları ihlalleri konusunda caydırıcı olmak ve hukuk devletine ve adalet sistemine kamuoyunun güvenini desteklemek için cezasızlıkla mücadele etmelidir*." denilerek, ağır insan hakları ihlallerinin mağdurlarına adalet sağlamanın önemine vurgu yapılmıştır.[561]

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, "*insan hakları ihlali faillerinin hesap verebilirliğinin, insan hakları ihlali mağdurları için etkili başvuru yolunun temel unsurlarından biri olduğunu ve bunun adil ve hakkaniyetli bir adalet sistemi ve nihayetinde Devlet içinde uzlaşma ve istikrar sağlanmasında kilit bir etken olduğunu*" belirterek mağdurların "*adalet hakkının*" temellerine de açıklık getirmiştir.[562]

VII.2. İnsan hakları ihlallerini kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğünün kapsamı

Gerek Birleşmiş Milletler'in gerekse bölgesel insan hakları sözleşmelerinin organları geliştirdikleri içtihatlarda, Taraf Devletlerin ağır insan hakları ihlallerinin faillerini yargılama ve cezalandırma yükümlülüklerini cezasızlık bağlamı üzerinden vurgulamışlardır. Aşağıda insan hakları organlarının yargılama ve cezalandırma yükümlülüğüne dair örnekler sıralanmıştır.

560 *Güncellenmiş Cezasızlıkla Mücadele İlkeler Demeti*, İlke 1.

561 *Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri*, Böl. I, § 1-3.

562 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun "*Kızıl Kmer Yargılamaları*"na ilişkin 27 Şubat 2003 tarih, 57/228 sayılı Kararı, UN Doc. A/RES/57/228, § 3.

VII.2.a. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

İnsan Hakları Komitesi, *Bleier v. Uruguay* kararında, davalı Hükümeti "*başvurucunun ölümünden, kaybedilmesinden ya da kötü muamele edilmesinden sorumlu olduğu tespit edilen kişileri adalet önüne çıkarmaya*" çağırmıştır.[563] Benzer tespitler İnsan Hakları Komitesi'nin birçok kararında da gözlemlenebilir.[564]

İnsan Hakları Komitesi, Sözleşme'nin 2. maddesindeki *Devletlerin Genel Yükümlülüklerine* İlişkin 31 Nolu Genel Yorumunda yargılama ve cezalandırma sorumluluğunu yerine getirmemenin beraberinde ihlallerin *yinelenmesine* ve hatta yaygın ve sistematik olarak işlenmesiyle *insanlığa karşı suçların* da önünü açma potansiyeline dikkat çekmiştir. Komite'ye göre:

> *"...[S]oruşturmaların, Sözleşme'deki belli hakların ihlal edildiğini ortaya çıkarması durumunda Taraf Devletlerin, sorumluların adalete teslimini sağlamaları gerekir. Soruşturma yapılmamasında olduğu gibi, bu tür ihlallerin faillerinin adalet önüne getirilmemesi de kendi başına Sözleşme'nin ayrı bir ihlaline yol açabilir. Bu yükümlülükler, özellikle işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele, yargısız ve keyfi infaz ve zorla kaybedilme gibi iç hukuk veya uluslararası hukuk uyarınca suç teşkil eden ihlallerle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de Komite için sürekli bir endişe konusu olan bu ihlallerdeki cezasızlık sorununun, ihlallerin yinelemesine önemli bir katkısı olabilir. Bu Sözleşme ihlalleri, sivil halka karşı yaygın veya sistematik bir tutumun parçası olarak işlendiğinde, insanlığa karşı suç oluşturur."*[565]

İnsan Hakları Komitesi ağır insan hakları ihlalleriyle ilgili vakalarda ayrıca, disiplin cezalarının cezai yaptırımların tamamlayıcısı olduğu, ciddi insan hakları ihlallerinden sorumlu olduğu tespit edilen faillerin "*diğer cezalara ek olarak kamu hizmetinden çıkarılması*" gerektiği tespitinde bulunmuştur.[566]

VII.2.b. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, cezalandırma yükümlülüğünün, önleme, soruşturma ve tazminat yükümlülükleriyle birlikte, Devletin insan haklarından tam olarak yararlanılmasını sağlama ödevinin bütüncül bir parçasını oluşturduğu kanısındadır. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Devletlerin insan hakları ihlallerini önleme sorumluluğunun kapsamını belirlerken "*insan haklarının korunmasını destekleyen ve ihlallerin yasadışı eylem olarak kabul edilmesini ve böyle muameleye tabi tutulmasını sağlayan, bu çerçevede sorumluların cezalandırılması ve mağdurların zararlarının onarılması yükümlülüğüne yol açan, hukuki, siyasi, idari ve kültürel nitelikteki tüm araçları içerdiğini*" söylemiştir.[567]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ayrıca yargılama ve cezalandırma sorumluluğunu doğrudan cezasızlık sorunu ile bağını kurarak Devletin "*elindeki tüm hukuki araçlarla*

---

563 İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Mart 1982 tarihli *Irene Bleier Lewenhoff ve Rosa Valiño de Bleier v. Uruguay* kararı, 30/1978, UN Doc. CCPR/ C/15/D/30/1978, §11.

564 İnsan Hakları Komitesi Kararları: *Almeida de Quinteros ve Diğ. v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/OP/2 (1983), § 16(b); *Dermit Barbato v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/17/D/84/1981 (1982), § 11; *Celis Laureano v. Peru*, UN Doc. CCPR/ C/56/D/540/1993 (1996), § 10; *Sarma v. Sri Lanka*, UN Doc. CCPR/ C/78/D/950/2000 (2003), § 11; *Nydia Erika Bautista v. Kolombiya*, UN Doc. CCPR/C/55/D/563/1993 (1995), § 8.6, 10; *José Vicente ve Amado Villafañe Chaparro v. Kolombiya*, UN Doc. CCPR/C/60/D/612/1995 (1997), § 8.2; *José Antonio Coronel ve Diğerleri v. Kolombiya*, UN Doc. CCPR/C/70/D/778/1997 (2002), § 10; *Njaru v. Kamerun*, UN Doc. CCPR/C/89/D/1353/2005 (2007), § 8; *Banda v. Sri Lanka*, UN Doc. CCPR/C/91/D/1426/2005 (2007), § 9.

565 İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Mart 2004 tarihli, "*Sözleşmeye Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin Niteliği*"ne dair 31 Nolu Genel Yorumu, UN Doc. CCPR/C/74/CRP.4/ Rev.6 (2004), § 18.

566 İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri, *Sırbistan ve Karadağ*, UN Doc. CCPR/ CO/81/SEMO (2004), § 9.

567 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 29 Temmuz 1988 tarihli *Velásquez Rodríguez v. Honduras* kararı, Series C No. 4, §§ 166 ve 175.

[cezasızlıkla] mücadele etme yükümlülüğü bulunduğunu, çünkü cezasızlığın insan hakları ihlallerinin kronik olarak tekrarlanmasına ve mağdurların ve yakınlarının savunmasız kalmasına yol açtığını" belirtmiştir.[568] Amerikalılar Arası Mahkemesi, cezalandırma ödevinin İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin 1/1. maddesindeki genel güvence hükmü ile 2. maddede düzenlenen iç tedbirler alma ödevinden kaynaklandığı;[569] bunun da Devletin soruşturma ve cezalandırmayı mümkün kılmak için iç mevzuatını Sözleşmeye uyarlaması gerektiği anlamına geldiği tespitinde bulunmuştur. Amerikalılar Arası Mahkemesi ayrıca, cezalandırma yükümlülüğünün, Sözleşmenin 1/1. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin adil yargılanma hakkı ile adalete başvuru hakkını düzenleyen 8/1. ve 25. maddelerinden de çıkarsanabileceği görüşündedir.[570] Cezalandırma ödevi, ayrıca maddi ve manevi tazminatların yanında mağdurlara sağlanması gereken diğer giderim türlerini de içermelidir.[571]

VII.2.c. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, ister kamu görevlilerinin isterse üçüncü kişi faillerin bireylerin bedensel bütünlüklerine yönelik ihlallerine yönelik olarak 1985'ten bu yana, bir kimsenin fiziksel bütünlük hakkının kullanılmasını engelleyen belli fiillerin Taraf Devletlerin bu tür fiilleri ceza kanunlarında suç haline getirerek cezalandırmasını gerektirdiği vurgusunu yapmaktadır.

Bu bağlamda akıl hastası bir çocuğa yönelik tecavüz eylemine ilişkin kovuşturma engeli bulunması nedeniyle yargılanmaması bağlamında önüne gelen *X ve Y v. Hollanda* davasında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ilk defa, Hollanda adalet sisteminde mağdura failin haksız fiil sorumluluğu dayanarak sadece hukuk davası açabilme olanağının tanınmasının bu tip eylemlere karşı Devletin yargılama ve cezalandırma yükümlülüğünü karşılamayacağını söylemiştir. Avrupa Mahkemesi'ne göre, "*özel yaşamın içerdiği değerler ve temel boyutlar*" salt tazminat sorumluluğuna dayalı bir korumayı yetersiz kılmaktadır. Bedensel bütünlüğe yönelik böylesi tecavüzlerin faillerine uygulanacak yaptırımın etkili bir caydırıcılık unsuru taşıması zorunlu olup, caydırıcılık ancak cezai yaptırımla mümkündür.[572]

Avrupa Mahkemesi, bedensel bütünlüğe karşı saldırılara yönelik içtihadını daha sonra başlangıçta rızaya dayalı gibi görünen bir cinsel eylemin rızanın ortadan kalkması sonucu tecavüz iddiasının söz konusu olduğu *M.C. v. Bulgaristan* kararında geliştirerek yargılama ve cezalandırma yükümlülüğünün kapsamını daha da belirginleştirmiştir. Avrupa Mahkemesi, rıza dışı cinsel saldırı davalarında mağdurun fiziksel direnç gösterdiğini kanıtlamaya zorlanmasının bireyin cinsel özerkliğinin etkili bir şekilde korunması yükümlülüğünü tehdit eden bir unsur oluğunu tespit etmiştir. Mahkeme mağdurun fiziksel direnci olmasa bile razıya dayalı olmayan eylemin etkili bir şekilde soruşturulması ve faillerin cezalandırılmasını sağlamaya yönelik tedbirleri alma yükümlülüğü devletin üzerindedir:

---

568 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 3 Aralık 2001 tarihli *Cantoral Benavides v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 88, § 69; 31 Mayıs 2001 tarihli *Cesti Hurtado v. Peru* (Giderim) kararı, Series C No. 78, § 63; 26 Mayıs 2001 tarihli *Villagrán Morales ve Diğ.v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 77, § 100; 25 Mayıs 2001 tarihli *Panel Blanca v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 76, § 201; 22 Şubat 2002 tarihli *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 91, § 74.

569 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 20 Ocak 1999 tarihli *Suárez Rosero v. Ekvador* (Giderim) kararı, Series C No. 44, § 77-80; 22 Ocak 1999 tarihli *Blake v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 48, § 59-65.

570 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 16 Ağustos 2000 tarihli *Durand ve Ugarte v. Peru* kararı, Series C No. 68, § 130; 6 Aralık 2001 tarihli *Las Palmeras v. Kolombiya* kararı, Series C No. 90, § 65; 7 Haziran 2003 tarihli *Juan Humberto Sánchez v. Honduras* karar, Series C No. 99, § 121-136; *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, 25 Kasım 2003 tarihli karar, Series C No. 101, § 275.

571 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında, 22 Şubat 2002 tarihli *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (Giderim) kararı, Series C No. 91, §§ 73-78; 27 Şubat 2002 tarihli *Trujillo Oroza v. Bolivya* (Giderim) kararı, Series C No. 92, §§ 99-111; 18 Eylül 2003 tarihli *Bulacio v. Arjantin* kararı, Series C No. 100, § 110.

572 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 26 Mart 1985 tarihli *X ve Y v. Hollanda* kararı, [8978/80], § 27.

> "Mahkeme, cinsel suçların soruşturulmasında fiziksel direncin kanıtlanmasını gerektiren katı bir yaklaşımın, bazı tecavüz türlerini cezasız bırakma riski doğurduğuna ve böylece bireyin cinsel özerkliğinin etkili bir şekilde korunmasını tehdit ettiği kanısındadır. Bu alandaki çağdaş standartlara ve eğilimlere uygun olarak, Sözleşme'nin 3 ve 8. maddeleri uyarınca Sözleşmeci Devletlerin, rızaya dayalı olmayan herhangi bir cinsel eylemi, mağdurun fiziksel direnci olmadığı hallerde de etkili bir şekilde soruşturmalarını ve cezalandırmalarını gerektiren pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu görülmelidir."[573]

Ağır insan hakları ihlalleri bakımından, bedensel bütünlüğe yönelik cinsel içerikli saldırılardan yanında Avrupa Mahkemesi, yaşam hakkının korunmasının,[574] işkence[575] ve kötü muamele yasağının,[576] zorla kaybedilme yasağının,[577] kölelik ve kulluk yasağının[578] failin kovuşturulması ve cezalandırılmasını zorunlu kıldığını belirlemiştir.

Mahkeme'nin yorumuna göre cezalandırma ödevi, daha geniş bir kapsama alanına yerleşen korumaya ilişkin pozitif yükümlülüğün içinde yer almaktadır. Avrupa Mahkemesi'ne göre:

> "Sözleşme'nin 2(1). fıkrasının birinci cümlesi, devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınma değil, ama ayrıca kendi egemenlik alanında bulunan kişilerin yaşamını korumak için uygun tedbirleri alma görevi de yüklemektedir. Devletin bu konudaki yükümlülüğü, bir kimseye karşı suç işlenmesini caydırıcı etkisi olacak şekilde ceza kanunu hükümlerini yürürlüğe koymak ile bu hükümlerin ihlalini önlemek, suçu bastırmak ve cezalandırmak için adli bir mekanizma kurmak suretiyle yaşama hakkını koruma şeklindeki temel görevinin ötesine geçmektedir. Taraflarca kabul edildiği gibi Sözleşme'nin 2. maddesi ayrıca, belirli bazı durumlarda yetkililere, başka birinin suç niteliğindeki eylemleri nedeniyle yaşamı risk altında olan bir bireyi korumak için önleyici operasyonel tedbirler alma şeklinde bir pozitif bir yükümlülük de yükler."[579]

Ayrıca, Avrupa Mahkemesi daha da ileri giderek Devletlerin bu gerekliliklere uymamasının "*güvenlik güçleri mensuplarının, Sözleşme kapsamında güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere saygı gösteren demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ile uyumlu olmayan eylemleri karşısında hesap vermelerine izin vermemiş veya vermemelerini teşvik etmiş.*" olacağı çıkarımında bulunmuştur.[580]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının uygulanmasının denetiminden sorumlu organı *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi*, yukarıdaki tespitlere ek olarak, işkence veya kötü muamele gibi suçlara uygulanan yaptırımların hafif hapis cezası olarak belirlenmesi veya para cezasına çevrilmesi veya çoğu durumda da ertelenmesinden dolayı kaygılarını dile getirmiş ve bunu "*Avrupa Mahkemesi kararlarında vurgulanan suiistimallere karşı ceza koru-*

573 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 4 Aralık 2003 tarihli *M.C. v. Bulgaristan* kararı, [39272/98], § 166.

574 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, diğerlerinin yanında, 28 Ekim 1998 tarihli *Osman v. Birleşik Krallık* [BD] kararı, [23452/94], § 116; yukarıda anılan *Öneryıldız v. Türkiye*, § 93-95; 9 Haziran 2009 tarihli *Opuz v. Türkiye*, [33401/02], §§ 145 ve 150.

575 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Aksoy v. Türkiye* kararı, § 98.

576 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 23 Eylül 1998 tarihli *A. v. Birleşik Krallık* kararı, [35373/97], §§ 22 ve 23.

577 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Kurt v. Türkiye* kararı, § 140.

578 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 26 Temmuz 2005 tarihli *Siliadin v. Fransa* kararı, [73316/01], § 89; 7 Ocak 2010 tarihli *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya* kararı, [25965/04], §§ 284-285.

579 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Osman v. Birleşik Krallık* [BD] kararı, § 115.

580 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 28 Mart 2000 tarihli *Kılıç v. Türkiye* kararı, [22492/93], § 75.

masındaki ciddi eksikliklerin" bir teyidi olarak görmüş; "*işkence ve kötü muameleden suçlu bulunan her rütbeden personel için asgari düzeyde caydırıcılığa sahip hapis cezası verilmesi*" gerektiği yönündeki ısrarını vurgulamıştır.[581]

Benzer şekilde, Avrupa Mahkemesi, işkence ya da kötü muamele ile suçlanan Devlet görevlilerinin ceza sorumluluklarının tespit edildiği davalarda verilen cezaların hafifliğini ya da para cezalarıyla geçiştirilmesini de eleştirmektedir. Adli makamların "*bu tür eylemlerin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğini*" göstermek yerine, ceza adaleti sisteminin "*şikâyet edilen türdeki yasadışı eylemleri etkin bir şekilde önlemek için yeterince caydırıcı olmayan*" sonuçlara yol açması, Mahkeme'nin gözünde, Sözleşme ile getiren korumayı etkisiz kılmaktadır.[582] Buna ek olarak, Avrupa Mahkemesi, devlet görevlilerinin ağır insan hakları ihlalleri ile ilgili iç hukuk sisteminde açılan davalarda faillere yönelik yürütülen ceza yargılamalarının *makul olmayan bir şekilde uzamasını*[583] ve buna bağlı olarak davaların *zamanaşımı*[584] gerekçe gösterilerek cezasızlıkla kapatılmasını da ağır eleştiri konusu yapmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğünün, yalnızca Sözleşme'nin (işkence ve zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, yaşama hakkının veya özel yaşamın korunması gibi) maddi haklara yönelik güvencelerinden kaynaklandığı kanısında da değildir. Maddi haklara yönelik ihlal faillerinin kovuşturulmaması ve gerektiği şekilde cezalandırılmaması, esasen usuli bir güvence olan Sözleşme'nin 13. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru yolu hakkını da ihlal edeceğini, Mahkeme defalarca tespit etmiştir.[585]

VII.3. Ağır insan hakları ihlalleri bakımından yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü

Uluslararası insan hakları toplumunun cezasızlıkla mücadele deneyimi, insan hakları ihlali mağdurlarına adalete sağlanabilmesi bakımından uğradıkları zararları onarabilmenin zorunlu bir unsurunun faillerin yargılanması ve cezalandırılması olduğunu göstermiştir. Devletlerin bu yükümlülüklerini, genellikle yapmaya çalıştıkları gibi tazminat ödeyip konuyu kapatmak gibi göstermelik önlemlerle geçiştirmeye çalışmadığını; aksine toplumdaki insan hakları ihlallerini yasaklama ve ortadan kaldırma konusunda gerçek bir kararlılığa sahip olduğunu göstermenin biricik olmasa bile en açık ve doğrudan yolu failleri yargılama ve cezalandırma yükümlülüğünün etkili bir şekilde yerine getirilmesidir.

Devletlerin bu yöndeki pozitif yükümlülüğünün temel önemi, yalnızca bazı insan hakları sözleşmelerinde açıkça yer almasından değil, aynı zamanda tüm insan hakları organlarının ağır insan hakları ihlallerinin faillerini yargılama ve cezalandırmaya ilişkin doğrudan Devlet yükümlülüklerinin bulunduğu konusunda hem fikir olması gerçeğinden de kaynaklanmaktadır. Bu kadar güçlü bir uluslararası desteğe sahip olmasının altında ağır insan hakları ihlallerinin faillerinin yargılanması ve cezalandırılmasının uluslararası hukukun emredici normlarından (*jus cogens*) biri olarak kabulü de yatmaktadır.

---

581 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 13 Ekim 2008 tarihli "*Collection of Interim Measures 1988-2008 (by country)*", H/Exec(2008)1, sf. 174 vd.

582 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 29 Temmuz 2010 tarihli *Kopylov v. Rusya* kararı, [3933/04], §§ 140-142; 17 Ekim 2006 tarihli *Okkalı v. Türkiye* kararı, [52067/99], §§ 75 ve 78; 13 Ocak 2009 tarihli *Yeter v. Türkiye* kararı, [33750/03], §§ 67-69.

583 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 27 Temmuz 2004 tarihli *Ağdaş v. Türkiye* kararı, [34592/97], § 103; 11 Eylül 2009 tarihli *Teren Aksakal v. Türkiye* kararı, [51967/99], §§ 89-100; 14 Ekim 2008 tarihli *Gülen v. Türkiye* kararı, [28226/02], § 44.

584 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 31 Temmuz 2008 tarihli *Vasil Petrov v. Bulgaristan* kararı, [57883/00], § 78-86; 3 Haziran 2004 tarihli *Batı ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [33097/96 ve 57834/00], §§ 145-147; 20 Mayıs 2008 tarihli *Tekin ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [8534/02], §§ 64-65.

585 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında, yukarıdaki bölümlerde anılan kararları *Aksoy v. Türkiye*, § 98; *Aydın v. Türkiye*, § 103, *Kaya v. Türkiye*, § 106-107; *Orhan v. Türkiye*, § 384.

Geçtiğimiz otuz yıl boyunca, uluslararası insan hakları organları kovuşturma ve cezalandırma ödevini yorumlamış ve geliştirmiştir. Bunların başında bazı ağır insan hakları ihlalleri için disiplin yaptırımlarının yeterli olmadığını ve cezai yaptırımların gerekli olduğunu açıkça ortaya koymaları gelmektedir. Aynı zamanda, mağdurların ve tanıkların soruşturma ve yargılama süreçlerine etkin bir şekilde katılımlarının adalet ve giderim süreçlerinin önemli bir parçası olduğunu giderek daha fazla tanımak suretiyle mağdurluk ve tanıklık haklarını geliştirmişlerdir.

İnsancıl hukuk ihlalleri ile ağır insan hakları ihlalleri için cezai sorumluluk ilkesinin olası istisnaları konusunda uluslararası insan hakları hukukunda kısmi bir tartışma sürmesine rağmen, ağır insan hakları ihlali faillerinin yargılanması ve cezalandırılmasına yönelik yükümlülüğün uluslararası hukukta kesin olarak yer aldığında kuşku yoktur.

İnsan hakları hukukunun güvence altına aldığı maddi ve usuli hak ve özgürlüklerin geniş bir listesi söz konusudur. Ancak bütün bu hakların istisnasız herhangi birinin ihlali halinde faillerinin ceza adaleti içinde yargılanması ve cezalandırılmasının Devletlere yükümlülük olarak yüklenebileceği söylenemez. Cezasızlık bağlamı içinde burada özellikle bizi ilgilendiren ağır insan hakları ihlallerini oluşturan haklar söz konusu olduğunda son derece güçlü bir yargılama ve cezalandırma iradesinin ortaya çıktığı söylenmelidir. Öyle ki, bu suçlar failin yakalandığı ülkede işlenmemiş olsa bile "evrensel yargı ilkesi" adı verilen ilke uyarınca faili konuk eden ülke, bu kişiyi yargılamak isteyen ülkeye gönderme ya da kendisi yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü altındadır. Aşağıda ağır insan hakları ihlalleri bağlamında daha yakından bakılacaktır.

VII.3.a. İşkence ve kötü muamele yasağı

İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 1. fıkrası, taraf Devletlere "*tüm işkence eylemlerinin ceza hukuku kapsamında suç oluşturmasını sağlamalarını*" zorunlu kılmaktadır. Bu yükümlülüğün doğal ve kaçınılmaz sonucu, Devletlerin işkence suçunu ceza kanunlarında düzenlemek zorunda olmalarıdır. İşkence ve kötü muamele türlerinin ceza yasalarında suç olarak yasalarında düzenlenmesinin, *İşkenceye Karşı Sözleşme* kapsamında yer alan suçların ve cezaların yasallığı ilkesi veya iade yükümlülüğünün yanında evrensel yargı yetkisine izin verme gibi güvenceleri de içermek durumundadır.

Uluslararası Adalet Divanı, yaygın ve sistematik işkence olaylarının sorumlusu olduğu iddia edilen Çad Cumhuriyeti Eski Devlet Başkanı *Hissène Habré*'nin *Senegal*'de yakalanması üzerine, evrensel yargı yetkisine dayanarak Belçika'nın iade talebinin Senegal adli makamlarınca yerine getirilmemesini ilişkin olarak önüne gelen *Belçika v. Senegal* davasında, işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında Devletlerin ceza yasalarını uyumlu hale getirme yükümlülüğüne ilişkin olarak İşkenceye Karşı Sözleşme'nin öngördüğü (*Devletin yargılama yetkisi*) 5, (*işkence faillerini adalet önüne çıkarmak için tedbirler*) 6, (*kovuşturma, kanıt standardı ve adil muamele*) 7 ve (*suçluların iadesi*) 8. maddeler bakımından aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

> "[...] Mahkeme Devletlerin işkence suçu üzerinde mahkemelerin evrensel yargı yetkisini getirme yükümlülüğünün yerine getirilmesinin (6. maddenin 2. fıkrasındaki) ön soruşturma yapabilmesi ve (7. maddenin 1. fıkrasındaki) davayı kovuşturma yapılması amacıyla yetkili makamlara sunabilmesi bakımından gerekli bir koşul olduğunu belirtmektedir. Bütün bu yükümlülüklerin amacı, iade edilmemeleri halinde, şüphelilere karşı [ceza] davası açılabilmesi ve faillerin bu tür eylemleri bakımından cezasızlıktan kaçınarak işkenceyle mücadeleyi daha etkili hale getirme amaç ve hedefini başarabilmek için yargılanmalarını mümkün kılmaktır."[586]

586 Uluslararası Adalet Divanı'nın 20 Temmuz 2012 tarihli *Belçika v. Senegal* kararı, § 74.

Uluslararası Adalet Divanı, aynı davada İşkenceye Karşı Sözleşme uyarınca Devletlerin uyrukları olmayan işkence faillerini iade etmeleri ya da yargılama yükümlülüklerine de açıklık getirmiştir:

> "[İşkenceye Karşı] Sözleşme'ye göre, iade etme ya da yargılama arasında seçim hakkı getirilmesi, her iki seçeneğe de aynı ağırlığın verilmesini gerektirmez. İade, Devlete [İşkenceye Karşı] Sözleşme tarafından sunulan bir seçenektir; buna karşın yargılamayla, Devletin sorumluluğunu gerektiren bir haksız fiil oluşturan ihlalin [giderimi], Sözleşmeden kaynaklanan uluslararası bir yükümlülüktür."[587]

Aynı olaya ilişkin olarak İşkenceye Karşı Komite, önüne gelen *Suleymane Guengueng ve Diğerleri v. Senegal* davasında önce:

> "[...] Yargısal sürecin tamamlanması üzerine Senegal Temyiz Mahkemesi'nin 20 Mart 2001 tarihinde, "[işkence] eylemlerinin faili ya da suç ortağı olduğu varsayılanların Cumhuriyet topraklarında bulunmaları, ... bu eylemlerin Senegal dışında yabancılar tarafından işlenmesi halinde, Senegal mahkemelerine evrensel yargı yetkisi tanıyan hiçbir usul hükmü bulunmamaktadır; [dolayısıyla] Hissène Habré'nin Senegal'deki varlığı, kendisine karşı açılan davayı tek başına haklı gösteremeyeceğine hükmettiğini" tespit etmiştir.[588]

İşkenceye Karşı Komite bu tespitine bağlı olarak iade etmediği işkence failini bu suç nedeniyle suç kendi topraklarında işlenmediği ve fail de vatandaşı olmadığı için yargılama ve cezalandırmamasını İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. fıkrası hükmünün ihlali olduğuna hükmetmiştir.[589]

Sözleşme'nin 4. maddesinin 2. fıkrası, Devletlerin "*bu suçları uygun cezalarla cezalandırmalarını*" da zorunlu kılmaktadır. İşkence yasağı hakkını ihlal eden faillerin eylemleri nedeniyle mahkûm olanlarına açık ya da örtülü bir af getirilmesi de bu yükümlülüğü ihlal eder.[590]

VII.3.b. Hukukdışı, yargısız ve keyfi infazlar

Yukarıda yapılan açıklamalar hukukdışı, yargısız ve keyfi infazlar bağlamında da geçerlidir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, yaşam hakkı ihlali faillerinin kovuşturulması ve cezalandırılması gerektiği konusunda duraksama göstermemektedirler.[591]

Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına dair Birleşmiş Milletler İlkeleri'nin 18. maddesi:

> "Hükümetler egemenlikleri altındaki herhangi bir bölgede hukukdışı, keyfi veya kısayoldan infazlara katıldıkları soruşturmayla tespit edilen kimselerin adalet huzuruna çıkarılmalarını sağlar. Hükümetler bu kimseleri ya adalet huzuruna çıkarır veya bu kimseleri yargı yetkisini kullanmak isteyen diğer ülkelere iade eder. Faillerin ve mağdurların kim olduklarına ve nerede olduklarına, bunların milliyetlerine veya suçun nerede işlendiğine bakılmaksızın, bu ilke uygulanır." demektedir.

587 İbid., *Belçika v. Senegal* kararı, § 95.

588 İnsan Hakları Komitesi'nin 17 Mayıs 2006 tarihli *Suleymane Guengueng ve Diğerleri v. Senegal* kararı, [181/2011], UN Doc. CAT/C/36/D/181/2001, § 9.3.

589 Yukarıda anılan *Suleymane Guengueng ve Diğerleri v. Senegal* kararı, § 9.5.

590 İşkenceye Karşı Komite'nin 17 Mayıs 2005 tarihli *Guridi v. İspanya* kararı, [212/2002], UN Doc. CAT/C/34/D/212/2002, § 6.7.

591 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğer kararlarının yanında, yukarıda anılan *Osman v. Birleşik Krallık* kararı, § 116; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında yukarıda anılan, *Caracazo v Venezuela (Giderim)* kararı, § 115.

Dolayısıyla hukukdışı, yargısız ve keyfi infazların yargılanması ve cezalandırılması yükümlülüğü, *evrensel yargılama ilkesini* de kapsar.

Ciddi İnsan Hakları İhlalinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkelerinin V. İlkesi: "*ister devlet görevlileri isterse özel kişilerce olsun bireyler öldürüldüğünde veya tüm şüpheli ölüm vakalarında, etkili bir soruşturma yapılması gerektiğini*" vurgulamaktadır. "*Bu ödev aynı zamanda mağdurun ölüp ölmediğinin belli olmadığı durumlarda ve zorla kaybedilme durumlarında olduğu gibi koşulların şüpheli olduğuna inanmak için sebepler bulunduğu hallerde de ortaya çıkar.*"

VII.3.c. Zorla Kaybetmeler

Zorla kaybetmeler bağlamında kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü Herkesin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmesi'nin 3. maddesi ile 6-10. maddelerinde düzenlenmektedir. Buna göre, 3. madde:

"Taraf Devletlerden her biri, Devletin yetkilendirmesi, desteği veya bilgisi olmaksızın hareket eden kişiler veya gruplar tarafından gerçekleştirilen ve 2. maddede tanımlanan fiilleri soruşturmak üzere gerekli önlemleri alacaklar ve sorumlularını yargı önüne çıkaracakları" hükmünü öngörmektedir.

Herkesin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1 ve 3. fıkraları ise 3. maddede getirilen yargılama yükümlülüğünü daha da belirgin bir şekilde ayrıntılandırmaktadır. Buna göre:

1. *Taraf Devletlerden her biri, en azından aşağıdaki fiilleri gerçekleştiren kişileri yargı önüne çıkarmak üzere gerekli önlemleri alacaktır:*

   (a) *Zorla kaybedilme konusunda fiili bir eylemde bulunan, ilgili mercileri buna çağıran veya yönlendiren, böyle bir fiile teşebbüste bulunan, suç ortaklığı eden veya katılan kişi;*

   (b) *Kendisi amir durumunda olup:*

      (i) *Kendi maiyetinde veya yetki ve denetimi altında görev yapan kişilerin gözaltında kayıpla ilgili fiil veya teşebbüslerini ortaya koyan bilgilerden haberdar olan veya bu bilgileri tasken görmezden gelen kişi;*

      (ii) *Zorla kaybetme suçu ile ilgili işlerde sorumluluk ve denetim sahibi olan kişi; ve*

      (iii) *Zorla kaybedilme fiilinin gerçekleşmesini önlemek veya böyle bir fiili cezalandırmak için kendi yetkisi dahilindeki gerekli ve makul bütün önlemleri almayan veya konuyu araştırma ve soruşturma için yetkili mercilere aktarmayan kişi;*

   (c) *Yukarıdaki (b) paragrafı, ilgili uluslararası hukuk çerçevesinde askeri bir komutan veya fiilen askeri komutan konumundaki kişi için geçerli daha üst düzeydeki sorumluluk standartlarını saklı tutar;*

2. *Kamusal, sivil veya askeri herhangi merciin emri veya talimatı, zorla kaybedilme fiilini haklı gösteren bir mazeret olarak kullanılamaz.*

Zorla Kaybetmeler bağlamında yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü *Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Avrupa Konseyi Rehber İlkeler*'in, V ve VII-X. İlkelerinde de düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri'nin VIII. İlkesi:

1. *Soruşturmanın neticesi gerekli kılıyorsa kovuşturmanın başlatılması devletin görevidir. Kovuşturmayı veya belirli bir kişi hakkında hüküm verilmesini güvence altına alan bir hak olmamasına rağmen, soruşturma sonucunda ortaya çıkan gerçekler kovuşturma yapılmasını gerektiriyorsa, kovuşturmayı yapan otoriteler ağır insan hakları ihlallerine neden olan kişileri adalet önüne çıkarmak için gerekli adımları atmak zorundadır.*

2. *Kılavuzun V. ve VI. bölümlerinde yer alan ve önem arz eden etkili soruşturma gerekleri kovuşturma safhası için de geçerlidir.*

Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri'nin VIII. İlkesi:

> *Mahkemelerin bağımsızlığının yanında ağır insan hakları ihlallerinin kanıtlanması halinde uygun bir cezanın verilmesi gerekir. Verilen kararların etkili, orantılı ve işlenen suça uygun olması gerekir.*

Zorla kaybedilme kaybetme eylemlerinin faillerini cezalandırma yükümlülüğü, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi,[592] Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi,[593] ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi[594] içtihatlarında da vurgulanmaktadır.

VII.3.d. Diğer ağır insan hakları ihlalleri

Ağır insan hakları ihlallerinin belirli bir maddi hak ve özgürlük listesi bulunmamaktadır. Ağır insan hakları ihlalleri kavramı uluslararası insan hakları toplumunun gündemine ve duyarlılıklarına bağlı olarak dinamik bir gelişim içindedir.

Bu hakların temel özelliklerinden biri, genellikle uluslararası hukukta suç olarak öngörülmüş olmalarıdır. Bu nedenle, *kölelik ve kulluk yasağı*,[595] *insan ticareti*,[596] *çocuk pornografisi*[597] veya *ırk ayrımcılığıyla bağlantılı şiddet eylemleri*[598] gibi Devletlerin kovuşturması ve cezalandırmasını gerektiren başka ihlaller de vardır.

VII.4. İç hukuktaki fail yargılamalarında mağdurların, yakınları ve tanıklarının hakları

Ağır insan hakları ihlallerinin kovuşturulması ve faillerinin cezalandırılması bu eylemler nedeniyle ağır zararlara uğrayan mağdurlar ve onların yakınlarının zararlarının onarılması bakımından ilk sırada gelen giderim biçimidir. Mağdurlara kovuşturma sürecindeki gereksiz bir fazlalık gibi değil de sürecin asli öznelerinden birisi olarak statüsünün tanınması ve öyle muamele görmesi halinde ancak suç işlenmesiyle gerçekleşen insan hakları ihlalinin yarattığı zararlarının onarımına katkı sağlanabilir. Bu nedenle ceza yargılamasında mağdur(lar)ın hakları giderek daha fazla kabul görmekte; uluslararası hukuk, mağdurların ve tanıkların haklarını ve çıkarlarını korumak için ceza yargılaması sürecindeki varlıkları giderek daha güvenceli ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir.

---

592 İnsan Hakları Komitesi'nin *Nydia Erika Bautista v. Kolombiya* kararı, UN Doc. CCPR/C/55/D/563/1993 (1995), § 8.6, 10; *José Vicente y Amado Villafañe Chaparro v. Kolombiya* kararı, UN Doc. CCPR/C/60/D/612/1995 (1997), § 8.2; *Coronel ve Diğerleri v. Kolombiya* kararı, UN Doc. CCPR/C/70/D/778/1997 (2000), § 10.

593 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında yukarıda anılan *Velásquez Rodríguez v. Honduras* karar, § 166.

594 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Kurt v. Türkiye* kararı, § 140.

595 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Siliadin v. Fransa* kararı, § 89.

596 Uluslararası Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticareti, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılmasına Dair (Palermo) Protokolü, Madde 5. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya* kararı, §§ 284-285.

597 Çocuk satışı, çocuk fuhşu ve çocuk pornografisine ilişkin Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek Seçimlik Protokol, Maddeler 3, 4 ve 5.

598 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Nachova ve Diğerleri v. Bulgaristan* kararı, §§ 157-158; 6 Mayıs 2003 tarihli *Menson ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kk, [47916/99].

Bu bakımdan bizim dahil olduğumuz Avrupa Konseyi'nin insan hakları sistemi içine üretilen 1985 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin *Ceza Hukukunda ve Ceza Muhakemesinde Mağdurların Durumuna İlişkin Tavsiye Kararı* ile küresel ölçekte 1985 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilen *Suç Mağdurları ve İktidarın Kötüye Kullanımına İlişkin Temel Adalet İlkeleri Bildirisi* ayrı bir öneme sahiptir.

Avrupa Konseyi'nin insan hakları sistemi içine üretilen 1985 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin *Ceza Hukukunda ve Ceza Muhakemesinde Mağdurların Durumuna İlişkin Tavsiye Kararı*'nın İlkeler başlıklı 2. paragrafı konumuz bakımından önem taşımaktadır:

"2.1. Devletler, mağdurların insan haklarına ilişkin haklarını etkin şekilde tanımayı ve bunlara saygı göstermeyi sağlamalıdır; Devletler, özellikle mağdurların güvenliğine, insan onuruna, özel ve aile yaşamına saygı duymalı ve mağdurlar üzerinde suçun olumsuz etkilerini tanımalıdır.

2.2. Devletler, bu tavsiye kararında öngörülen tedbirleri, mağdurlar bakımından hiçbir ayrım gözetmeksizin erişilebilir kılmalıdır.

2.3. Bu hizmetlerin ve tedbirlerin yerine getirilmesi ceza eylemi failinin belirlenmesine, tutuklanmasına, kovuşturulmasına veya mahkûm olmasına bağlı tutulmamalıdır."

Ancak bu konudaki standartlar tek bir kaynaktan beslenmemekte ayrıca adil yargılanma hakkına ilişkin özellikle uluslararası insan hakları organlarının ürettiği içtihatların geliştirdiği ilkeler de mağdurların suçtan zarar gören taraf olarak ceza yargılamasındaki statülerini daha açık bir şekilde ileri götürmektedir.

Yukarıda asıl olarak uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve belgeleri ile uluslararası insan hakları organlarının ürettikleri içtihatlar ışığında ceza yargılamasında mağdurların, onların yakınlarının ve tanıkların hak ve yetkileri aşağıdaki şekilde listelenebilir:

- Mağdurların ve tanıkların güvenliği ve mahremiyet hakkı, özellikle kötü muamele, tehdit veya misillemeye karşı güvence altına alınmalı; kırılganlıkları ve dezavantajlı durumları dikkate alınarak kadınlar ve çocuklar özellikle korunmalıdır.[599]
- Bunların onurlarına saygı gösterilmeli ve davaları görülürken verilecek sıkıntı en aza indirilmelidir.[600]
- Mağdurlar, sanık haklarına zarar vermeksizin hukuki menfaatlerini savunabilmeli, yargılama işlemlerde hazır bulunabilmeli ve dinlenebilmeli, ayrıca delil sunabilme imkanına da sahip olabilmelidir.[601]

599 Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair BM Bildirisi, 13(3) ve (5) maddeler; Suç ve İktidarın Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirisi, madde 6(d); İşkenceye Karşı Sözleşme, Madde 13; Yargısız İnfazlara Dair BM İlkeleri, İlke 15; İşkencenin Soruşturulmasına Dair BM İlkeleri, İlke 3(b); Başvuru yolu ve Giderime İlişkin BM İlkeleri, İlke 12(d); Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "*Ceza hukuku ve ceza usul hukukunda mağdurların durumuna ilişkin Üye Devletlere Tavsiyesi*" Tavsiye No. R(85)11 (1985), F.15; Çocuk Hakları Sözleşmesi, 3(1), 19, 39. maddeler; Palermo Protokolü, Madde 8; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme, Madde 5(b).

600 Başvuru yolu ve Giderime İlişkin BM İlkeleri, İlke 10, 12(b); Suç ve İktidarın Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri Bildirisi, İlke 4; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "*Ceza hukuku ve ceza usul hukukunda mağdurların durumuna ilişkin Üye Devletlere Tavsiyesi*" Tavsiye No. R(85)11 (1985), I.C.8.

601 *Palermo Protokolü*, Madde 6(2); *Suç ve İktidarın Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirisi*, Madde 6(b); Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "*Ceza hukuku ve ceza usul hukukunda mağdurların durumuna ilişkin Üye Devletlere Tavsiyesi*" Tavsiye No. R(85)11 (1985), I.D.

- Hukuki menfaatlerini savunabilmeleri bakımından müdahillik gibi geniş bir hukuki statüye sahip olmaları gerekir.[602] Haklarının yanı sıra işlemlerin şekli ve sonuçları hakkında bilgi alma hakkına sahiptirler.[603]
- Takipsizlik (kovuşturmaya yer olmadığına), iddianamenin reddi, davanın düşmesi v.b. yargılamayı ortadan kaldıran kararlara karşı da bir başvuru yapabilme imkanına sahip olmalıdırlar.[604]
- Basit ve erişilebilir bir usul uyarınca itiraz ve kanun yollarına başvurma haklarına sahip olmalı[605] ve bu itiraz ve kanun yollarına ilişkin işlemler gecikmeksizin sonuçlandırılmalıdır.[606]
- Hukuki ve psikolojik danışma ve tavsiyelere, gerektiğinde hukuki yardıma ve çeviriye erişimi olmalıdır.[607]
- Mağdurların ve akrabalarının ve tanıkların haklarına saygı gösterilmesini sağlamak için polis ve adli personel eğitilmelidir.

602 *Cezasızlıkla mücadele yoluyla insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için güncellenmiş ilkeler demeti*,

603 *Suç ve İktidarın Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirisi*, Madde 4, 6(a); *Başvuru yolu ve Giderime İlişkin BM İlkeleri*, İlke 19.

604 *Suç ve İktidarın Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirisi*, Madde 6(b); AK Tavsiye No. R(85)11 (1985), I.B.6; Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Hugh Jordan v. Birleşik Krallık* kararı, § 122.

605 *Suç ve İktidarın Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirisi*, Madde 5 ve 6; *Başvuru yolu ve Giderime İlişkin BM İlkeleri*, İlke 12(d).

606 *Suç ve İktidarın Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirisi*, Madde 6(e).

607 *Başvuru yolu ve Giderime İlişkin BM İlkeleri*, İlke 12(c); *Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirisi*, Madde 14-17; *AK Tavsiye No. R(85)11 (1985)*, I.A.2.

MODÜL VIII

YARGILAMA VE CEZALANDIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ÖZGÜ CEZA USUL HUKUKU SORUNLARI

HAZIRLIK SORULARI

- İnsan hakları faillerinin yargılanmalarında, ceza usul ilkeleri ne gibi zorluklar yaratmaktadır?
- İnsanlığa karşı suçlar ve ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda ceza usul ilkelerinin uygulanmasında farklılıklar olabilir mi?
- İnsan hakları ihlalinin failinin cezalandırıldığı durumlarda yine de 'cezasızlıktan' bahsedilebilir mi?
- Yasallık ve geriye yürümezlik ilkeleri nedir?
- Bu ilkeler uluslararası İnsan haklarının korunması mekanizmaları bakımından nasıl ele alınmaktadır?

MODÜL VIII:

Yargılama ve Cezalandırma Yükümlülüğüne Özgü Ceza Usul Hukuku Sorunları

VIII.1. Yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü adil yargılanma hakkı ilişkisine yönelik usuli sorunlar

VIII.1.a. Mahkeme hakkı

Uluslararası insan hakları hukuku uyarınca bir insan hakları ihlali ortaya çıktığında ve bu ihlal uluslararası insan hakları hukukuna göre suç oluşturduğunda bu suçu soruşturma, yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü ilgili Devletin sorumluluğudur. Devletler bu sorumluluğu kendi kurdukları adalet sistemlerinin bir parçası olan olağan mahkemeler ya da yargı yerleri eliyle önceden öngörülmüş usul kurallarına uygun olarak yerine getirirler.

Bu ilke Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 13 Aralık 1985 tarihinde 40/146 sayılı kararla kabul edilen Yargının Bağımsızlığına Dair Temel İlkeler'in 5. ilkesinde "*doğal yargıç ilkesi*" olarak bilinen ilke yinelenmiştir:

> *"Herkes, önceden belirlenmiş hukuki usullere göre yargılama yapan olağan mahkemelerde veya yargı yerlerinde yargılanma hakkına sahiptir. Olağan mahkemelere veya yargı yerlerine ait olan yetkilerin ellerinden alınması amacıyla, yerleşmiş yasal usulleri gereği gibi uygulamayan yargı yerleri kurulamaz."*

Doğal yargıç ilkesi, modern ceza hukuklarının temel bir bileşeni ve adil yargılanma hakkının esaslı güvencesini oluşturur. Bu ilke uyarınca ihlali oluşturan eylem sonrası olağanüstü ya da özel mahkemelerin kurulması açıkça yasaklanmaktadır.

Bazı ülkeler, örneğin terörle mücadele tedbirleri bağlamında ya da kamu görevlilerinin ağır insan hakları ihlallerinden yargılandığı davalar için "anonim", "gizli" ya da "yüzsüz yargıçlar" olarak adlandırılan hakimlerin ve savcıların görev yaptığı özel yargı yerleri oluşturmuşlardır. Bu bağlamda, İnsan Hakları Komitesi,[608] İşkenceye Karşı Komite[609] ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi[610] bu uygulamanın temel yargısal güvenceler ile bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri önünde yargılanma hakkının gereklerini karşılamadığını tespit etmişlerdir.

Birleşmiş Milletler *İnsan Hakları Komitesi*, sanıklara sağlanan yargı usulüne ilişkin güvenceler bakımından sorunlu bir alan olarak özel mahkemeleri ya da belirli kategorideki sanıklara özgü özel yargılama usullerinin öngörülmesini eleştirmiştir. Bu konuya Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14. maddesinde düzenlenen "*Mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşitlik ve adil yargılanma*"ya dair 32 Nolu Genel Yorumu'nda yer vermiş ve ayrıntılı bir incelemeye tabi tutarak aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:

608 Bkz., BM İnsan Hakları Komitesi'nin, diğerlerinin yanında, 6 Kasım 1997 tarihli *Víctor Alfredo Polay Campos v. Peru* kararı, [577/1994], UN Doc. CCPR/C/61/D/577/1994, § 8.8; 11 Temmuz 2006 tarihli *Manuel Francisco Becerra Barney v. Kolombiya* kararı, [1298/2004], U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1298/2004, § 7.2.

609 İşkenceye Karşı Komite'nin 26 Temmuz 1995 tarihli BM Genel Kurulu'na Sunduğu Yıllık Rapor, Peru bölümü, UN Doc. A/50/44 Supplement, § 67.

610 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 25 Kasım 2004 tarihli *Lori Berenson Mejía v. Peru* kararı, Series C No. 119, § 147.

> *"Bazı ülkeler, örneğin terörle mücadele tedbirleri bağlamında kimliği gizlenen yargıçlardan oluşan "yüzsüz yargıçlar" özel yargı yerlerine başvurmuşlardır. Yargıçların kimlikleri bağımsız bir merci tarafından teyit ediliyor olsa bile, böylesi mahkemeler, salt yargıçların statüsü ve kimliği sanıklara bildirilmemesinden değil, aynı zamanda halk, hatta sanık veya avukatlarının dahi duruşmalara alınmaması; kendi seçtiği avukatı tutma hakkının sınırlandırılması; özellikle tecrit altında tutulan kimsenin avukatıyla görüşme/haberleşme hakkına ağır kısıtlamalar getirilmesi ya da bu hakkın reddi; avukatların tehdit edilmesi; davanın hazırlanması için yeterli zaman verilmemesi; ya da özellikle sanığı yakalayan ve sorgulamakla sorumlu polisler gibi belirli kategori tanıkların çapraz sorgulanmasına getirilen yasaklar dahil tanık çağırma ve sorgulama hakkına yönelik ağır kısıtlama ya da bu hakkı tanımama gibi usulsüzlüklere de yol açmaktadır. İster yargıcın kimliği bilinsin ister bilinmesin, böylesi durumlar temel adil yargılanma standartları ile özellikle yargı yerinin bağımsız ve tarafsız olma zorunluluğunu karşılamamaktadır."*[611]

Temel insan hak ve özgürlüklerine dair uluslararası insan hakları sözleşmelerinin neredeyse tamamı, evrensel bir adil yargılanma hakkı ilkesi olarak bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkını tanımışlardır.[612]

BM İnsan Hakları Komitesi 32 Nolu Genel Yorumu'nda *adil yargılanma hakkı* temel ilkeleri bakımından olağanüstü hallerde bile yükümlülük azaltılamayacağını açıkça belirtmiştir.[613]

İnsan Hakları Komitesi aynı 32 Nolu Genel Yorum'unda, ayrıca bağımsız ve tarafsız yargı yeri tarafından yargılanma hakkının da yükümlülük azaltılamaz bir adil yargılama hakkı ilkesi olduğunu, bu anlamda istisnaya yer vermeyen mutlak bir hak olduğunu vurgulama ihtiyacı hissetmiştir.[614]

Yukarıdakilerin ışığında, ağır insan haklarına ilişkin yargılamalar dahil, aşağıdaki adil yargılanma hakkı güvenceleri her durumda istisnasız olarak uygulanmalıdır:

- Her sanığın hukuka uygun olarak mahkum oluncaya kadar masum sayılması (masumiyet karinesi);
- Sanığın savunmasını hazırlayabilmek için yeterli zaman ve olanağının olması;
- Bireysel olarak ceza sorumluluğu tespit edilmedikçe hiç kimsenin mahkum edilmemesi;

611 İnsan Hakları Komitesi, 23 Ağustos 2007 tarihli "*Madde 14: Mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşitlik ve adil yargılanma*"ya dair 32 Nolu Genel Yorumu, UN Doc. CCPR/C/GC/32, § 23.

612 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (Md. 10); Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (Md. 14.1); Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (Md. 5,a); Çocuk Hakları Sözleşmesi (Md. 37 ve40.2), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Md. 6), İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi (Md. 8.1); İnsan ve Halkların Hakları Afrika Şartı (Md. 7 ve 26). Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı uluslararası insancıl hukuku düzenleyen Cenevre Sözleşmeleri ve Protokollerinde düzenlenmiştir.

613 İnsan Hakları Komitesi'nin 32 Nolu Genel Yorumu, § 6. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin bu konudaki yorumu şöyledir: "*Sözleşme'nin 14. maddesi, 4. maddenin 2. fıkrasındaki yükümlülük azaltılamaz haklar listesine dahil edilmemiş olmasına rağmen, Devletler, olağanüstü hal koşullarında 14. madde uyarınca şart koşulan usullerde yükümlülük azaltmaya giderken, böylesi bir yükümlülük azaltma, mevcut durumun kesinlikle gerektirdiği zorunlulukları aşmamalıdır. Adil yargılanma hakkı güvencelerinde, yükümlülük azaltılamaz hakları dolanacak şekilde yükümlülük azaltma tedbirlerine asla başvurulmamalıdır. Bu nedenle, örneğin, Sözleşme'nin 6. maddesi bir bütün olarak yükümlülük azaltılamaz nitelikte olduğundan, olağanüstü hal süresince ölüm cezası verilmesine yol açabilecek herhangi bir yargılama, 14. maddenin bütün şartları dahil, Sözleşme hükümlerine uygun olmalıdır. Benzer şekilde, 7. madde de bir bütün olarak yükümlülük azaltılamaz nitelikte olduğundan, ilke olarak bu hüküm ihlal edilerek elde edilmiş beyan, itiraf ya da başka bir delile 14. maddenin kapsamına giren hiçbir yargılamada, bu hükmün yasakladığı işkence ya da diğer muamelenin gerçekleştirildiğinin delili olarak kullanılması hali hariç, başvurulamaz. Adil yargılanmanın temel ilkelerinden sapma her durumda yasaklanmıştır.*"

614 İbid. § 19. Ayrıca bkz., İnsan Hakları Komitesi'nin Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 4. maddesine ilişin "Olağanüstü Haller" konulu 29 Nolu Genel Yorumu, § 11.

- Bir suç işlediği iddiasıyla suçlanan herkesin gecikmeksizin yargılanma ve duruşmalarda hazır bulunma hakkı;
- Seçtiği bir avukatın hukuki yardımından yararlanma; olanağı yoksa avukatın hukuki yardımından ücretsiz yararlanma hakkı;
- Kimsenin hakkındaki suçlamaya ilişkin aleyhine beyanda bulunmaya zorlanamaması hakkı;
- Her sanığın, iddia makamının tanığını sorgulama ya da çapraz sorgulama, savunma tanığının hazır bulundurabilme ve karşı taraf tanıklarıyla aynı koşullarda onları sorgulama hakkı;
- Hakkında mahkûmiyet kararı verilen herkesin kararı daha yüksek bir mahkeme önünde inceletebilme hakkı;
- Mahkûm edilen herkesin mahkumiyet kararının verilmesi anında bu mahkumiyete karşı başvuru yolları ve süreleri hakkında bilgilendirilme hakkı.

VIII.1.b. Deliller ve tanık delili

Mahkemeler önünde kullanılacak deliller ve bilirkişi raporları her ülkenin kendi yasalarınca belirlenen ölçütlere göre hukuka uygun olarak toplanmalı ve bu anlamıyla davayı oluşturan olay ve olguların belirlenmesinde kullanılabilecek geçerlilik standartlarını tutturmalıdır. Deliller ulusal mevzuat uyarınca soruşturma yetkisi olmayan ya da görevli olmayan makamlar tarafından ya da hukuken izin verilmeyen yöntemler kullanılarak elde edildiğinde hukuka aykırı delil olarak nitelendirilebilir. Buna *"delilin hukukiliği ilkesi*" denilmektedir.

İç hukukun yanında, uluslararası hukuk da kanıtlara ilişkin belirli uygulamalar geliştirmiştir. Örneğin, işkence ya da kötü muamele ile elde edilen bütün itiraflar ya da ifadeler ülkelerin usul yasaları uyarınca geçersiz sayılmalıdır. Bu ilkenin tek istisnası vardır; o da zorla elde edilen kanıtın işkence ya da kötü muamele iddiasıyla bağlantılı soruşturma ya da yargılamalarda işkence ve kötü muamelenin delili olarak kullanılmasıdır.[615]

İnsan Hakları Komitesi, savunmanın kanıtlara erişimine ilişkin olarak «*'Yeterli olanaklar' deyimine belge ve diğer kanıtlara erişim dahildir. Bu erişim iddia makamının sanık aleyhine ya da lehine mahkemeye sunmayı planladığı bütün belgeleri kapsamalıdır.*» tespitinde bulunmuştur.[616] Bu anlamda tanıkların "gizli", ya da "isimsiz" olmasına olanak tanınan ya da sanığın kısmen ya da bütünüyle kanıta erişimine izin verilmediği yargılamalar bakımından, Devletlerin, "*herkesin adil yargılanma hakkını güvence altına alması, bireylerin kendilerinin ya da hukuki temsilcilerinin bütünüyle erişimlerinin bulunmadığı kanıtlara dayalı olarak suçlanmamasının engellenmesi*" gerektiğini belirtmiştir.[617]

Bu bağlamda mağdurların tanıklığı ile mağdur tanıklarının tehdit ve sindirme girişimlerine karşı korunması önem taşımaktadır. Ancak burada sanıklık hakları ile mağdur ve tanıklarının korunması gereği arasında bir dengeleme gerekmektedir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu da benzer bir şekilde gizli delil ve gizli tanık kullanılmasına imkân veren yargısal sistemlerin adil yargılanmaya içkin güvenceleri karşılamadığı tespitinde bulunmuştur. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ayrıca, tanığın gizli olması durumunda

615 İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 15. maddesi; ayrıca bkz., İnsan Hakları Komitesi'nin 32 Nolu Genel Yorumu, § 41, son.

616 İnsan Hakları Komitesi'nin 32 Nolu Genel Yorumu, § 33.

617 İnsan Hakları Komitesi sonuç gözlemleri: 20 Nisan 2006 tarihli Kanada, CCPR/C/CAN/CO/5, § 13; 18 Aralık 2006 tarihli Amerika Birleşik Devletleri, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, § 18.

"*sanık ayrıca kendisi aleyhinde ifade veren tanık hakkında etkili bir şekilde inceleme yürütme olanağından da mahrum bırakılacağı*" tespitinde bulunmuştur.[618]

Cezasızlık bağlamında ağır insan hakları ihlalleriyle ilişkili davalarda mahkemeler önünde tartışılan delillere erişim ve bunların geçerliliğine ilişkin usul kurallarının anlaşılması özellikle önemli hale gelmektedir. O nedenle bu konunun özellikle bizim dahil olduğumuz Avrupa bölgesi bakımından geçerli kuralları belirleyen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin konuya bakışının anlaşılması özellikle yaşamsaldır.

Bu anlamda bilinmesi gereken ilk şey, delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi konusunun ikincillik ilkesi gereğince yerel mahkemelere geniş bir takdir alanı bırakıldığıdır. Devletlerin delillerin elde edilmesi, ileri sürülmesi ve kabulüne ilişkin kurallar ve bunların değerlendirilmesine ilişkin takdir marjları geniş tutulmuş olsa da bu mutlak bir takdir alanı anlamına gelmemektedir. Son derece istisnai durumlarda, uluslararası yargı yerleri Devletlerin delillerin değerlendirilmesine yönelik takdir alanlarına müdahale yetkilerinin bulunduğunu kabul edilmektedir. İnsan Hakları Komitesi, 32 Nolu Genel Yorumu'nda:

> *"Sözleşme'nin 14. maddesi, sadece usuli eşitlik ve adilliği güvence altına almaktadır ve yetkili yargı yerinin hatasızlığını güvence altına alacak şekilde yorumlanamaz. Belirli bir davada olgu ve kanıtların değerlendirilmesi açıkça keyfi ya da açık hata ya da adaletin inkarını oluşturduğu ya da başka bir şekilde mahkemenin yargıcın bağımsızlık ve tarafsızlığı yükümlülüğünü ihlal ettiği gösterilmedikçe, olgu ve kanıtların incelenmesi ya da uygulanması işi genel olarak taraf Devletin mahkemelerine düşer."*

İnsan Hakları Komitesi'nin yukarıdaki yorumu son derece önemlidir; çünkü İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de adil yargılanma hakkına ilişkin delil konularına girdiği pek çok kararında aynı kavram setini kullanmaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu konuda ikili bir ayrıma gitmekte, delille ilgili yasal düzenlemenin yargı yerleri tarafından çözümü gereken meseleye açıkça hatalı, keyfi sonuçlara yol açacak ve/veya adaletin inkarı anlamına gelecek şekilde yorumlanarak uygulanması[619] ya da herhangi bir davadaki maddi delil ve olguların ilgili yargı yerleri tarafından açıkça hatalı ya da keyfi sonuçlara yol açacak ve/veya adaletin inkarı anlamına gelecek şekilde çözümü gereken uygulanması halinde de artık devletin takdir marjından söz edilemeyeceğinin altını çizmektedir.[620]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu konudaki denetim yetkisinin kaynağını İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Başlangıç bölümünde geçen hukuk devleti ilkesi ve bu ilkenin doğal bir sonucu olan keyfi iktidardan kaçınma anlayışının Sözleşme'nin temel ilkeleri olmasından aldığı kanısındadır.[621] İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre, objektif ve saydam bir yargısal sistem içinde kamuoyunun güvenini beslemeye hizmet eden bu ilkeler, demokratik toplumun temellerinden biridir.[622]

---

618 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun *Peru'da İnsan Haklarının Durumuna Dair İkinci Raporu*, Doc. Cit., §§ 103, 104 ve 110; *Kolombiya'da İnsan Haklarının Durumuna Dair Üçüncü Raporu*, Doc. Cit., §§ 121, 122, 123 ve 124.

619 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 24 Haziran 2008 tarihli *Adamsons v. Letonya* kararı, [3669/03], §118; 9 Nisan 2013 tarihli *Anđelković v. Sırbistan* kararı, [1401/08], §24; ayrıca Mülkiyet hakkı bağlamında olmasına rağmen ilgisi bakımından bkz., 5 Ocak 2000 tarihli *Beyeler v. İtalya* [BD], §108.

620 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 9 Aralık 2008 tarihli *Tanay v. Türkiye* kararı, [18753/04], §30b

621 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 16 Kasım 2010 tarihli *Taxquet v. Belçika* [BD] kararı, [926/05], §90; 22 Şubat 2011 tarihli *Lalmahomed v. Hollanda* kararı, [26036/08], §43).

622 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 1 Temmuz 2003 tarihli *Suominen v. Finlandiya* kararı, [37801/97], § 37; 10 Ocak 2013 tarihli *Agnelet v. Fransa* kararı, [61198/08], §57.

Bütün bu açıklamaların bizim açımızdan pratikteki sonucu, adil yargılanma hakkının ulusal mahkemeler önündeki davalarda belirli delil kurallarının izlenmesini zorunlu kılmadığıdır. Dolayısıyla her devlet, delillerin elde edilmesi, ileri sürülmesi ve kabulüne ilişkin kendi usul kurallarını kendisi belirleme hakkına sahip olmaktadır.[623] Ancak bu konuda Devletlere tanınan takdir alanının da sınırı vardır. Devletlerin ulusal yargılamalarda esas alınacak delil kurallarını belirleme hakkı uluslararası insan hakları hukuku ile çelişki içinde olamaz.

Son dönemde, gizli tanık uygulamasının Türk Ceza Adaleti Sisteminde yaygın olarak kullanılması karşısında bu konuda da daha ayrıntılı bir açıklama önemli görünüyor. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, son derece istisnai durumlarda yargılamalarda gizli tanık dinlenebileceğini kabul etmektedir. Bunun mümkün olabilmesi için son derece sıkı bazı koşulların varlığı gerekmektedir:

(a) Yargılama makamları tanıkların kimliğinin gizli tutulması gerektiği kanısındaysa, "uygun ve yeterli" gerekçe göstermek zorundadırlar.[624] İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, gizli tanıkların yer aldığı davalarda, tanıkların kimliklerinin açıklanmasını istememelerinin nedeni olarak sanıkların kendilerinden intikam alacağı korkusunu, davasında geçerli bir neden olarak kabul etmektedir. Ancak öznel bir korku bu tür bir kararın verilebilmesi için yeterli değildir. Yargılamayı yürüten mahkeme tarafından söz konusu korkunun nesnel dayanakları olup olmadığına dair gerekli araştırmanın yürütülmesi zorunludur.[625]

(b) Gizli tanık delinin kabuledilebilirliği bakımından esas olan, sanığın aleyhindeki tanıkları sorguya çekebilmek için etkili bir imkâna sahip olması gerektiğidir.[626]

(c) Salt gizli tanık ifadelerine dayanılarak verilen bir mahkûmiyet kararı, Sözleşme hükümleri ile hiçbir koşulda bağdaşmaz.[627] Bu bakımdan gizli tanığın verdiği ifadenin mahkûmiyet kararının tek nedeni veya belirleyici unsuru olduğu durumlarda, usul işlemlerin ayrıntılı bir incelemeden geçirilmesi zorunludur. Bu inceleme gereken özen ve titizlik içinde yapılmazsa sanığın ve avukatının, kimliği gizlenen kişinin önyargılı, düşmanlıkla hareket eden veya güvenilmez biri olup olmadığını sınama veya söyleyeceklerinin inandırıcılığı üzerine şüphe çekebilme imkânından yoksun bırakılması söz konusu olacaktır. Bunun yanında, gizli tanıkların, ifade verdikleri duruşmada hazır bulunmaması, yargılamayı yapan hâkimlerin, bu kişilerin hal ve tavırlarını gözlemlemesini ve böylece bu kişilerin güvenilirliği hakkında kendi izlenimini oluşturmasını da engeller. Bu hususta İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, alınacak olan ifadenin güvenilirliğini adil ve uygun olarak değerlendirmeye imkân tanıyan usuli önlemleri de içeren yeterli dengeleyici unsurların bulunması gerektiğini belirtmektedir.[628]

---

623 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 12 Temmuz 1988 tarihli *Schenk v. İsviçre* kararı, [10862/84], 12.07.1988, §§ 45-46.

624 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 26 Mart 1996 tarihli *Doorson v. Hollanda* kararı, [20524/92], § 71; 14 Şubat 2002 tarihli *Visser v. Hollanda* kararı, [26668/95], § 47.

625 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 10 Nisan 2012 tarihli *Marcus Ellis, Rodrigo Simms ve Nathan Antonio Martin v. Birleşik Krallık* kararı, [46099/06 ve 46699/06], § 76.

626 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 15 Aralık 2011 tarihli *Al-Khawaja ve Tahery v. Birleşik Krallık* [BD] kararı, [26766/05 22228/06], § 127.

627 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Doorson v. Hollanda* kararı, § 69; 23 Nisan 1997 tarihli *Van Mechelen ve Diğerleri v. Hollanda* kararı, [21363/93, 21364/93, 21427/93 ve 22056/93], § 52; 28 Şubat 2006 tarihli *Krasniki v. Çek Cumhuriyeti* kararı, [51277/99], § 76.

628 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Al-Khawaja ve Tahery v. Birleşik Krallık*, § 147; *Ellis, Simms ve Martin v. Birleşik Krallık*, § 78: 6 Aralık 2012 tarihli *Pesukic v. İsviçre* kararı, [25088/07], § 45.

(d) Verilen ifadenin güvenilirliğinin uygun bir şekilde değerlendirebilmesi için, usule ilişkin güçlü teminatlar da dâhil olmak üzere, taraflar arasında dengeleyici unsurların varlığından emin olunmalı;[629] bu bağlamda özellikle de, sanığın gizli tanığın güvenilirliğini sorgulamasına engel olunmamalıdır.[630]

(e) Son olarak, gizli bir tanığın sorguya çekilmesi bağlamında izlenen usullerin, sanığın içinde bulunduğu zorlukları dengelemek açısından yeterli olup olmadığı değerlendirilirken, sanığın mahkûmiyetine hükmedilmesinde gizli tanığın ifadesinin ne derece belirleyici olduğu hususuna gerekli önem verilmelidir.[631] Başka bir söyleyişle gizli tanığın vereceği ifade sanığın mahkumiyeti konusundaki ağırlığı arttığı ölçüde, dengeleyici tedbirlerin daha sıkı bir rejime tabi tutulması gerekliği de o ölçüde önem kazanacaktır.

Sanığın iddia makamının delillerini ve tanıklarını şahsen inceleme ve tanıkları çapraz sorgulama hakkı vardır. Bununla birlikte bu hak tanığın cinsel şiddet mağduru ya da çocuk olması halinde sınırlanabilir. Bu tür sınırlamalar gizli tanık kullanılmasına izin verildiği anlamında yorumlanmamalıdır. Her durumda, bu tanıklar en azından sanık müdafii tarafından incelenebilmeli ve çapraz sorguya tabi tutulabilmelidir.[632]

VIII.1.c. Mahkûmiyet ve cezasızlık

Devletler uluslararası insan hakları hukuku uyarınca, hangi eylemlerin suç olarak tanımlanacağı ve hangi cezaların verileceğine ilişkin de geniş bir takdir alanından yararlanırlar. Buna karşın, suç oluşturan eylemleri ve bunlara verilecek cezaları belirlerken Devletlerin göz önüne almaları gereken iki kural bulunmaktadır: (1). belirli cezalara ilişkin uluslararası hukukça getirilen yasaklar; (2). cezaların orantılılığı ilkesine uygunluk.

VIII.1.c.i. Uluslararası hukukça verilmesi ve uygulanması yasak cezalar

Yukarıda uluslararası hukukun emredici bir kuralı olarak işkence ve kötü muamele ve cezanın mutlak yasak kapsamında olduğu vurgulanmıştı. Dolayısıyla bedensel cezalar bu kapsamda hiçbir istisnaya yer vermeyecek şekilde yasaktır. İşkence ve kötü muamele veya ceza anlamına geldiğinden mutlak yasak kapsamında kalan bu cezalara, kırbaç ya da sopa gibi bir cisimle kişinin bedenine vurma, dövme, sakat bırakma, organ kesme, ateşle damgalama benzeri cezalar örnek gösterilebilir.[633] Benzer şekilde kötü muamele ve ceza oluşturan hapislik koşullarına yönelik cezalar da aynı yasak kapsamına girmektedir. Bunlara dış dünyayla iletişimi olmaksızın uzatılmış *inkomünikado* ya da tecrit koşullarında tutma; aşırı hava ya da atmosferik (çok sıcak ya da çok soğuk) koşullar nedeniyle bütünüyle konuksever olmayan bir yerde tutma ve mahpusun aile üyelerinin pratik olarak ziyaret edemeyeceği coğrafi olarak izole bir yerde tutma örnek gösterilebilir.[634]

---

629 *Al-Khawaja ve Tahery*, § 147; *Doorson*, § 72; *Van Mechelen ve Diğerleri*, § 54 ve

630 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 28 Mart 2002 tarihli *Birutis ve Diğerleri v. Litvanya* kararı, [47698/99 ve 48115/99], § 29.

631 yukarıda anılan *Krasniki v. Çek Cumhuriyeti* kararı, § 79.

632 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 2 Temmuz 2002 tarihli *S.N. v. İsveç* kararı, [34209/96], §§ 47-50.

633 İnsan Hakları Komitesi'nin 20 Nolu Genel Yorumu, § 5; İnsan Hakları Komitesi'nin 19 Kasım 1997 tarihli Irak'a ilişkin sonuç gözlemleri, CCPR/C/79/Add.84 of § 12; 30 Ekim 2007 tarihli Libya, CCPR/C/LBY/CO/4, § 16; 3 Kasım 2000 tarihli Trinidad ve Tobago, CCPR/CO/70/TTO, § 13; 9 Ağustos 2005 tarihli Yemen, CCPR/CO/84/YEM, § 16; ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 25 Nisan 1978 tarihli *Tyrer v. Birleşik Krallık* kararı, [5856/72], §§ 33 -34.

634 İnsan Hakları Komitesi'nin 6 Kasım 1997 tarihli *Polay Campos v. Peru* kararı, [577/1994], §§ 8.4 vd.; 28 Ekim 2005 tarihli *Marlem Carranza Alegre v. Peru* kararı, [1126/2002], § 7.4.

Aynı şekilde uluslararası hukuk bireysel mahkumiyetin ötesine geçen kolektif cezaları mutlak olarak yasaklamıştır.[635] Her iki yasak da hukukilik ve ceza sorumluluğunun bireyselliği ilkeleriyle yakından ilişkilidir.

VIII.1.c.ii. Cezaların orantılılığı

Uluslararası hukuk Devletleri ağır insan hakları ihlallerinden mahkûm edilen bireylerin suçlarının ağırlığıyla uyumlu orantılılıkta bir cezaya çarptırılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu ilke uluslararası ceza hukuku uyarınca[636] pek çok insan hakları sözleşmesi ve belgesinde[637] öngörülmüştür.

İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 4. maddesinin 2. fıkrası bu bağlamda: "*Her bir Taraf Devlet bu fiillerin ağırlıklarını göz önünde tutarak uygun cezalar ile cezalandırır*." demektedir.

Cezaların orantılılığı ilkesi hukuken öngörülen ve mahkemeler tarafından uygulanan yaptırımların keyfi ya da cezalandırılan eylemlerin ağırlıklarıyla orantılı olmasını gerektirmektedir. Uluslararası insan hakları organları, suçların ciddiyetiyle hiçbir şekilde orantılı olmayan gülünç cezaların uygulanmasının fiili bir cezasızlık biçimi ve ağır insan hakları ihlallerini uygun biçimde cezalandırma yükümlülüğünün ihlali olarak görmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, oğulları gözaltında polis memurları tarafından dövülerek öldürülen başvurucuların yaşam hakkı ihlali iddialarına ilişkin *Ali ve Ayşe Duran v. Türkiye* kararında, Denizli Ağır Ceza Mahkemesi'nin polis memurlarının taksirle adam öldürme suçuyla cezalandırdığını; mahkumiyetleri ardından görevlerine son verildiğini tespit etmiş; ancak bu kişilerin cezalarının ertelenmesi nedeniyle hiçbir zaman infaz edilmediğini; göreve son vermenin verilen cezanın infazının yerine geçmediğini söylemiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi sonuç olarak, "*mahkum edilen polis memurlarının cezalarının hiçbir zaman infaz edilmemesinin işlenen suç ile verilen ceza arasındaki açık orantısızlığa işaret ettiği*" tespitinde bulunmuştur.[638]

Cezanın orantılılığı ilkesi, ancak ceza indirimi ya da hafifletici sebeplerle sınırlanabilir. İnsanlığa karşı suçlar, soykırım, savaş suçları ve ağır insan hakları ihlalleri bakımından uluslararası hukuk, böylesi hafifletici faktörlere sadece sınırlı bir çerçevede izin verir. Bu tür hafifletici sebepler sadece "*hukukun genel ilkeleri uyarınca*" kabul edilebilirler ve ihlallerin ağırlığı dikkate alındığında tipik indirim ya da hafifletici durumlar ya da indirim sebepleri uluslararası hukuk uyarınca reddedilmek durumundadır. Bu bağlamda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, yukarıda belirtilen Türkiye'ye karşı verdiği *Ali ve Ayşe Duran* kararında yaşam hakkı ihlali bağlamında polis memuru sanıklara takdiri indirimde bulunulmasını eleştirmiştir.[639]

---

635 İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Nolu Genel Yorumu, §11; Ayrıca bkz., Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun , Inter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu'nun 22 Ekim 2002 tarihli Terörizm ve İnsan Hakları Raporu, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., § 227.

636 *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü*'nün 24(2). maddesi; *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü*'nün 23 (2). maddesi ile *Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü*'nün 78(1). maddesi.

637 Diğerlerinin yanında bkz., *İşkenceye Karşı Sözleşme*'nin 4.2. maddesi; *Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Uluslararası Sözleşmesi*'nin 7. maddesi; Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin *Çocuk Satışı, Fahişeliği ve Pornosuna Dair Seçimlik Protokolü*'nün 3.3. maddesi; Amerikalılar Arası *İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi*'nin 6. maddesi; *Kişilerin Zorla Kaybedilmesine Dair Amerikalılar Arası Sözleşmesi* III. maddesi; *Hukukdışı, Keyfi ve Kısayoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler*'in 1. İlkesi.

638 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 8 Nisan 2008 tarihli *Ali ve Ayşe Duran v. Türkiye* kararı, [42942/02], §71; 20 Şubat 2007 tarihli *Zeynep Özcan v. Türkiye* kararı, [45906/99], §43; 13 Ocak 2009 tarihli *Yeter v. Türkiye* kararı, [33750/03], §67.

639 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Ali ve Ayşe Duran v. Türkiye* kararı, § 68; ayrıca bkz., yukarıda anılan *Yeter v. Türkiye* kararı, §67.

VIII.2. Yasallık ilkesi ve geriye yürümezlik

Suç ve cezaların önceden yasayla öngörülmüş olması ve yine bunun bir sonucu olarak geriye yürümezlik ilkesi ceza hukukunun evrensel ilkelerinden biri olarak hiçbir koşulda yükümlülük azaltılamaz haklardan birisidir. Bu hak bütün temel insan hakları sözleşmelerinde öngörülmüş ve olağanüstü hallerde dahi yükümlülük azaltılamaz haklar arasında sayılmıştır.[640] Yasallık ilkesinin evrensel düzeyde kabul görmesi bu ilkenin *jus cogens* bir norm olarak kabulünü de beraberinde getirmektedir.

Uluslararası hukuk uyarınca suç oluşturan eylemlerin faillerinin soruşturulması, yargılanması ve cezalandırılması bakımından mevzuatlarında uluslararası ceza hukukuna ilişkin eylemler suç olarak düzenlenmediğinden ya da yeterli bir şekilde düzenlenmediğinden ulusal mahkemeler ciddi zorluklarla karşılaşmaktadırlar.[641] Ulusal ceza yasalarında ortaya çıkan bu boşluk savcıları uluslararası hukuk uyarınca işlenen suçların failleri ve suç ortaklarını soruşturulması, yargılanması ve cezalandırılması konusunda soruşturma makamları ile yargısal organların hareketsiz kalmalarıyla sonuçlanmaktadır. Yine pek çok durumda savcı ve yargıçlar, bu suçlara karşı kendi hukuklarında uluslararası hukukun özünü yansıtmaktan uzak bir şekilde düzenlenmiş yasalar uyarınca önlerine gelen faillere daha hafif cezalar istemek ya da yetersiz bir şekilde yargılamak ve cezalandırmak durumunda kalmaktadır.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, zorla kaybetme eyleminin özel bir suç tipi olduğunu, faillerin zorla kaybetme yerine ceza yasalarında bulunan kaçırma, işkence veya adam öldürme gibi suçların getirdiği korumanın yeterli olmadığı tespitinde bulunmuştur. Amerikalılar Arası Mahkemesi'ne göre, zorla kaybetme İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi tarafından korunan değişik hakların birden fazla ve sürekli ihlali ile kendisini diğer suçlardan ayıran farklı bir suç tipidir. Bağımsız bir suç tipi olarak bu suçun tanımlanmamış olmasının, kişilerin zorla kaybedilmesine ilişkin esaslı unsurları kapsayan etkili bir ceza yargılamasının yapılmasını engellediğini ve bunun da cezasızlığın sürdürülmesine izin verdiğine hükmetmiştir.[642]

VIII.2.a. Yasallık ilkesi

Yasallık ilkesi, bir eylemin suç olarak cezalandırılabilmesi için hem belirli bir davranış biçiminin yasayla açıkça bir suç olarak tanımlanmış olmasını hem de o suça verilecek cezanın belirli olmasını şart koşmaktadır (*Nullum crimen sine lege* ve *nulla poena sine lege* ilkesi).

---

640 Diğer pek çok insan hakları sözleşmesinin yanında bkz., Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (15 ve 4(2). maddeler); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 7 ve 15/2. maddeler); İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi (9 ve 27(2). maddeler) İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme (md. 4); Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (md. 3); Kölelik, Köle Ticareti ve Kölelik Benzeri Kurum ve Uygulamaların Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme (Md.5); Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunması Uluslararası Sözleşmesi (4 ve 25. maddeler); Çocuk satışı, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisine dair Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne ek Seçimlik Protokol (md. 3); Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme (md. V); Zorla Kaybetmeye Dair Amerikalılar Arası Sözleşmesi (md. III); İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Amerikalılar Arası Sözleşmesi (md. 6).

641 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Uluslararası Suçlar başlıklı 76 ve devamı maddeleri soykırım, insanlığa karşı suçların yanında insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçlarını da düzenlemiştir. Ancak soykırım ve insanlığa karşı suçlar bakımından yasanın uygulamasının gerçekleştiğine dair bir istisna dışında bilgi yoktur. Ankara Garı Katliamı olarak geçen davada olayı soruşturan savcının bir sanık hakkında ek iddianameyle insanlığa karşı suçları düzenleyen TCK'nın 77. maddesinden suçlamada bulunduğuna dair haberler yer almıştır. Ancak bu konuda davanın görüldüğü mahkeme daha bir karar vermediği için yargı mercilerinin yaklaşımının ne olacağı konusu hala belirsizliğini korumaktadır. Bkz., https://m.bianet.org/bianet/siyaset/212044-gar-katliami-davasinda-insanliga-karsi-suc-tan-ek-iddianame.

642 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 12 Ağustos 2008 tarihli *Heliodoro Portugal v. Panama* kararı, Series C No. 186, §§181 ve 183.

İnsan Hakları Komitesi de suç ve cezaların yasallığı ilkesinin "daha sonradan daha hafif bir cezanın öngörüldüğü durumlar hariç, hem suç hem de cezanın meydana gelen eylem ve ihmal ile bağlantısının kurulduğu ve uygulandığı açık ve kesin yasa hükmüyle sınırlanması koşulunun" yerine getirilmesini şart koştuğu tespitinde bulunmuştur.[643] Bu nedenle muğlak, belirsiz ve kesinlik taşımayan suç tanımları insan hakları hukukuna ve "uluslararası hukukun öngördüğü genel koşullara" aykırı olacaktır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelen birçok olayda, yasallık ilkesini İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin bu ilkeyi güvence altına alan 7. maddesi ışığında yorumlamıştır. Buna göre, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7. maddesi anlamında yasallık ilkesi, "yasa" ("law") ("droit") ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik gibi bazı niteliksel koşullara tabidir.[644]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. fıkrasında geçen "ceza" deyiminin ulusal hukuk sistemlerindeki nitelendirilmesinden bağımsız özerk bir anlama sahip olduğunu ilk kararlarından itibaren belirtmiştir:

> "Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. fıkrasındaki korumanın etkili olmasını sağlayabilmek için, Mahkeme, görünüşün ötesine geçerek ve belirli bir tedbirin bu hükmün anlamı bakımından esas olarak bir "ceza" oluşturup oluşturmadığını kendi başına değerlendirme konusunda serbest kalmalıdır."[645]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, "yasa" deyimini geniş anlamıyla "hukuk" olarak anlamaktadır. Sözleşme'nin 7. maddesinde kullanılan "yasa" ifadesi, Sözleşme'nin diğer maddelerinde yer alan "hukuk" ifadesine denk düşmekte ve gerek yasama, gerekse içtihat kaynaklı hukuku içermektedir. Bunların yanında yasa erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gibi iki temel nitelikle donatılmış olmalıdır.[646] Mahkeme, "hukuk" kavramını her zaman şekli anlamışla değil maddi anlamıyla yorumlamaktadır. Bu çerçevede, bu kavramın içine yasa altı düzenleyici işlemler girebileceği gibi, yazılı olmayan hukuk kuralları da girebilir. Kısacası "hukuk", ulusal mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükteki mevzuat hükmüdür.[647]

Yasaların farklı durumlara ve kişilere eşit olarak uygulanmasının sağlanabilmesi için genel ifadelerle kaleme alınmasının bir gereği olarak yasaların sözünün mutlak bir kesinlik içermesi aranmaz. Dünyada kabul edilen temel yasa koyma veya düzenleme yöntemlerinin başlıcası, suç tipinin neleri kapsadığına ilişkin tüketici bir liste vermek yerine bu suç tipine ilişkin genel sınıflamaları ortaya koymaktır.

Bu nedenledir ki, yasaların kesinliğine ilişkin sert bir uygulamadan kaçınmak ve somut durumlara uygun esneklikte bir yoruma gidebilmek için, birçok yasa metni az ya da çok

---

643 İnsan Hakları Komitesi'nin 24 Temmuz 2001 tarihli Olağanüstü Hal'e ilişkin (md.4) 29 Nolu Genel Yorum, § 7.

644 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 12 Şubat 2008 tarihli *Kafkaris v. Kıbrıs* [BD] kararı, [21906/04], § 140; 7 Şubat 2002 tarihli *E.K. v. Türkiye* kararı, [28496/95], §51; 18 Mart 2014 tarihli *Öcalan v. Türkiye (No.2)* kararı, [24069/03, 197/04 ve 6201/06...], §172.

645 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 9 Şubat 1995 tarihli *Welch v. Birleşik Krallık* kararı, [17440/90], § 27; 8 Haziran 1995 tarihli *Jamil v. Fransa* kararı, [15917/89], § 30.

646 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 13 Temmuz 1995 tarihli *Tolstoy Miloslavsky v. Birleşik Krallık* kararı, [18139/91], §37. Ancak burada Mahkeme'nin Kıta Avrupası sistemleri ile Angl-Sakson Hukuk Sistemleri arasında çalışan ve bu sistemleri Sözleşme gözlüğüyle birbiriyle uyumlu yorumlamak durumundaki bir uluslararası mahkeme olduğunun unutulmaması gerekiyor. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 53. maddesinde "*Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, Sözleşmeci Tarafların iç hukuklarında güvence altına aldıkları insan haklarını ve temel özgürlükleri kısıtlayacak ve taraf oldukları anlaşmalardaki yükümlülüklerini azaltacak biçimde yorumlanamaz.*" hükmü dolayısıyla ulusal hukuk insan haklarına ilişkin daha yüksek bir koruma sistemi öngörüyorsa, Sözleşme, daha yüksek olan iç hukuk standartları temelinde yorumlanır. Bu bağlamda, özellikle temel insan hakları ve özgürlüklerine ilişkin olarak Anayasa'nın 13. maddesi ile 11. maddenin 2. fıkrasının yanında 90. maddelerin birlikte okunması sonucu getirilen koruma sistemi hukukun, anayasal ilkelere uygun getirilmiş yasalar ve bu yasalara dayalı olarak üretilen mahkeme içtihatları olarak anlaşılmasını zorunlu kılıyor.

647 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan *Kafkaris v. Kıbrıs* kararı, §139.

sınırları tam tanımlanmamış ifadeler içermesi beklenebilir. Ulusal hukuk sistemlerinde böylesi hukuk metinlerinin yorumu ve somut olaya uygulanması gündelik yargısal faaliyetin ayrılmaz bir parçasıdır.

Benzer bir şekilde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'de De La Cruz Flores v. Peru kararında aşağıdaki tespitte bulunmuştur:

> *"Ceza alanındaki yasallık ilkesine ilişkin olarak, [...] suç tiplerinin dikkatlice hazırlanması, suç teşkil oluşturan eylemin açık bir tanımını ve onun cezalandırılmaz ya da cezalandırılabilir ya da hapislik dışı bir yaptırımla cezalandırılabilir unsurlarının birbirinden ayrılmasını gerektirir. [...] Hukukun üstünlüğü uyarınca, yasallık ile geriye yürümeme ilkeleri, özellikle cezalandırma yetkisinin kullanılması söz konusu olduğunda, Devletin tüm organlarının kendi alanlarındaki eylemlerinin üzerinde yer alır. [...] Demokratik bir sistemde, cezai tedbirlerin bireyin temel haklarına mutlak saygı gösterilerek benimsenmesini ve hukuka aykırı davranışın var olup olmadığının dikkatli bir şekilde doğrulanmasını sağlamak için cezalandırıcı tedbirler güçlendirilmelidir. [...] Bu bağlamda ceza mevzuatını uygularken, ceza yargıcı, sanığın davranışının belirli bir suç kategorisinin karşılığı olmasını sağlamak için yasa hükümlerine katı bir şekilde uymak ve en büyük titizliği gözlemlemekle yükümlüdür; böylelikle yasanın suç olarak görmediği eylemleri cezalandırmayacaktır."*[648]

Yine de genel tanımlamaların yapılması, özellikle ceza yargılamaları bakımından birçok tehlikeli gri alanın ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Böylesi durumlarda yargısal mercilere düşen görev, kuralların yorumunda ortaya çıkan şüphe ve belirsizlikleri, gündelik hayatın değişen dinamiklerini dikkate alarak ortadan kaldırmaktır.[649]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu niteliksel koşullara "*yasanın kalitesi*" adını vermektedir.[650] Bu niteliksel koşullar, hem bir suçun tanımı için ve hem de bu suça verilecek cezanın tanımı için yerine getirilmiş olmalıdır.[651]

Bir ceza maddesinin *öngörülebilir* olabilmesi için kişi ilgili yasal düzenlemenin metninden ve gerektiğinde bu düzenlemenin mahkeme içtihatlarındaki yorumlarından ve belirli ölçülerde hukuki yardım da alarak hangi eylem ya da ihmalinin ceza sorumluluğunu ortaya çıkardığını ve işlediği eylem ya da ihmalinin hangi ceza ile cezalandırılacağını anlayabilmelidir.[652]

Öte yandan yasallık ilkesinin sağladığı güvence, hukukun üstünlüğü ilkesinin hayata geçmesi için temel bir unsurdur. Bu ilke o kadar önemli bir işlev görmektedir ki, Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca savaş hali veya diğer bir yaşamsal tehdidin varlığında dahi herhangi bir istisnaya konu olamaz. Bu güvence, hedef ve amacından da anlaşılacağı üzere, her hal ve koşulda keyfi kovuşturmalara, mahkûmiyetlere ve cezalara karşı etkin bir güvence sağlayacak biçimde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.[653]

---

648 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 18 Kasım 2004 tarihli *De La Cruz Flores v. Peru* kararı, Series C No. 115, §§79 – 82.

649 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 15 Kasım 1996 tarihli *Cantoni v. Fransa* [BD] kararı, [17862/91], § 32.

650 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında, 17 Mayıs 2016 tarihli *Karácsony ve Diğerleri v. Macaristan* [BD] kararı, [42461/13 ve 44357/13], § 123.

651 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 29 Mart 2006 tarihli *Achour v. Fransa* [BD] kararı, [67335/01], § 43.

652 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 17 Eylül 2009 tarihli *Scoppola v. İtalya (No.2)* [BD] kararı, [10249/03], § 94; 25 Mayıs 1993 tarihli *Kokkinakis v. Yunanistan* [BD] kararı, [14307/88], § 52; yukarıda anılan *Cantoni v. Fransa* [BD] kararı, §§ 29 ve 35; 28 Haziran 2018 tarihli *G.I.E.M. S.L.R ve Diğerleri v. İtalya* [BD] kararı, [1828/06, 34163/07 ve 19029/11], §243; ayrıca yukarıda anılan *Achour v. Fransa* kararı, § 54.

653 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 21 Ekim 2013 tarihli *Del Río Prada v. İspanya* [BD] kararı, [42750/09], § 77; 20 Ekim 2015 tarihli *Vasiliauskas v. Litvanya* [BD] kararı, [35343/05], § 153; 3 Aralık 2019 tarihli *Parmak ve Bakır v. Türkiye* kararı, [22429/07 ve 25195/07], § 57. Ayrıca Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 30 Mayıs 1999 tarihli *Castillo Petruzzi ve Diğerleri v. Peru* kararı, Series C No. 52, § 121.

Yine yasallık ilkesi, özellikle, mevcut suçların kapsamının daha önce suç oluşturmayan eylemlere uzamasını yasaklamakla birlikte, ayrıca ceza kanununun, örneğin kıyas yoluyla, sanık aleyhine genişletici bir şekilde yorumlanmaması gerektiği ilkesini de ifade etmektedir.[654]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kıyas yasağına ilişkin Türkiye'ye ilişkin ilk ihlal kararı olan *Başkaya ve Okçuğlu v. Türkiye* kararında, başvuruculardan Fikret Başkaya'nın yazarı olduğu "*Batılılaşma, Çağdaşlaşma, Kalkınma - Paradigmanın İflası: Resmi İdeolojinin Eleştirisine Giriş*" adlı kitabı, basımevi sahibi ikinci başvurucu tarafından Nisan 1991'de yayınlanmıştır. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı 2 Ağustos 1991'de birinci başvurucunun Terörle Mücadele Kanunu'nun devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propagandayı yasaklayan 8(1). fıkrası, ikinci başvurucunun ise yayınevi sahibi olarak aynı kanunun 8(2). fıkrası gereğince cezalandırılmaları talebiyle dava açmıştır.

İstanbul DGM 5 Ağustos 1993'te verdiği kararla birinci başvurucuya 1 yıl sekiz ay hapis ve para cezası ile ikinci başvurucuya 5 ay hapis ve para cezası vermiştir. Yargıtay 16 Aralık 1993 tarihli kararla başvurucuların temyizini reddetmiştir. Başvurucular anılan hükümler uyarınca mahkumiyetleri ile cezalandırılmalarının yasallık ilkesini güvence altına alan Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme, başvurucuların 1991 tarihli Yasanın 8. maddesine göre mahkûm edilmiş olmaları nedeniyle Sözleşme'nin 7. maddesindeki 'kanunsuz suç olmaz' ilkesine aykırılık görmemiştir. Buna karşılık, cezayla ilgili olarak Mahkeme, yayın sahibi olarak ikinci başvurucuya verilen hapis cezasının, aynı fıkradaki sorumlu müdürler için öngörülen hapis cezası kuralının kıyas yoluyla, geniş yorumlanmasına dayandığını saptamıştır. Bu nedenle Mahkeme, ikinci başvurucuya hapis cezası verilmesinin, Sözleşme'nin 7. maddesindeki 'kanunsuz ceza olmaz' ilkesiyle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır.[655]

Cezasızlık bağlamı üzerinden başka bir öngörülemezlik meselesi *Strelentz, Kessler ve Krenz v. Almanya* davası ile Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Doğu Almanya siyasi liderleri olan başvurucular, görevde bulundukları süreçte Federal Almanya sınırı boyunca kaçışları engellemek için geçme girişiminde bulunan kişilerin öldürülmelerine dair emirler vermişlerdir. Başvurucular sınır geçişlerindeki öldürme olaylarından sorumlu oldukları gerekçesiyle iki Almanya'nın birleşmesinden sonra Alman mahkemeleri tarafından Demokratik Alman kanunlarına göre yargılanıp hapis cezalarına mahkûm edilmişlerdir.

Başvurucular yargılandıkları eylemlerin, işlendikleri tarihte Demokratik Alman hukukuna ve uluslararası hukuka göre suç oluşturmadığını ve Alman mahkemeleri tarafından mahkûm edilmelerinin Sözleşme'nin 7(1). fıkrasını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Başvuruculara göre Almanya'nın birleşmesinden sonra mahkûm edilmeleri öngörülebilir bir durum değildi. Başvurucular kendilerinin Demokratik Almanya'da hiçbir zaman suçlanmadıklarını birleşme sonrası Almanya mahkemeleri tarafından Demokratik Alman ceza kanununun geçmişe etkili bir şekilde yorumlanmasının, Demokratik Alman mahkemelerinin bir içtiha-

654 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 3 Aralık 2019 tarihli *Parmak ve Bakır v. Türkiye* kararı, [22429/07 ve 25195/07], § 58; 22 Haziran 2000 tarihli *Coëme ve Diğerleri v. Belçika* kararı, [32492/96, 32547/96 ve 32548/96...], §145; yukarıda anılan *Kokkinakis v. Yunanistan* [BD] kararı, [14307/88], § 52.

655 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 8 Temmuz 1999 tarihli *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye* [BD] kararı, [23536/94 24408/94]; ayrıca kıyas yasağına ilişkin yakın tarihli bir başka karar için bkz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 3 Aralık 2019 tarihli *Parmak ve Bakır v. Türkiye* kararı, [22429/07 ve 25195/07], § 58. Bu kararda Mahkeme, Terörle Mücadele Kanunun 7/1. maddesinde terör suçunun, "*cebir ve şiddet*" unsurunun somut eylem yerine parti tüzüğü, bildiri ve benzeri belgelerin "manevi cebir" olarak adlandırılarak sınırlarının genişletilmesinin öngörülemezlik yarattığını tespit etmiş ve bunu kıyas yasağına aykırı görmüştür.

dına dayanmadığını, suçlamalara yol açan olayların meydana geldiği tarihte bu durumu öngörmelerinin mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme, başvurucuların eylemlerinin işlendiği tarihte suç oluşturup oluşturmadığını geçiş dönemi adaleti bağlamında incelemiştir. İki Almanya'nın birleşmesine dair 31 Ağustos 1990 tarihli Almanya'nın Birleşmesi Antlaşmasında ve bu Anlaşmanın uygulanmasına dair 23 Eylül 1990 tarihli Antlaşmada ifade edilen, Doğu Alman vatandaşlarının Doğu Almanya'da işledikleri suçlara Doğu Alman hukukun uygulanacağı, ancak daha hafif (lex mitius) bir ceza öngörmesi halinde Federal Alman hukukunun daha hafif hükümlerinin uygulanacağı şeklindeki ilke uyarınca Alman mahkemeleri başvurucuların eylemlerinin Doğu Alman Ceza Yasası uyarınca adam öldürmeye azmettirme suçunu oluşturduğunu tespit ettiklerini ve bu eylemleri nedeniyle suçlarını sabit gördüğünü; ancak Federal Alman mevzuatı uyarınca bu suça daha hafif bir ceza öngörüldüğünden lex mitius kuralı uyarınca Federal Alman Ceza Yasası hükümleri uyarınca daha hafif olan ceza miktarını belirlediğini tespit etmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ayrıca, başvurucuların eylemlerinin sonuçlarının işledikleri tarihte öngörülebilir olduğunu da tespit etmiştir. Mahkeme ayrıca, *yaşama hakkının, insan haklarının korunmasına dair uluslararası belgelerde ve bizzat yaşama hakkını 2. maddesinde güvence altına alan Sözleşme'de üstün konumunu göz önüne almış ve mevcut olayda Alman mahkemelerinin Demokratik Alman mevzuatını dar yorumlamalarının, Sözleşme'nin 7(1). fıkrasına uygun olduğuna* hükmetmiştir.

Mahkeme, insan haklarını ve her şeyden öte uluslararası insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer olan yaşama hakkını açıkça ihlal eden Demokratik Alman sınır güvenliği politikası gibi bir devlet pratiğinin üstünün örtülemeyeceğini, Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. fıkrasının korumasının buna izin vermediğini de belirtmiştir.[656]

Uluslararası insan hakları hukuku bu şekilde işlese de yasallık ilkesi uluslararası ceza hukuku söz konusu olduğunda farklı dinamikler devreye girer. Öncelikle yasallık ilkesinin, temel olarak ulusal ve uluslararası ceza adaleti sistemlerinin eylemi suç haline getirme yöntemleri farklı olduğundan kapsamı da farklıdır.[657] Ulusal düzeyde yasaklanan eylemi tanımlayan ve hukukdışı hale geldiği anı belirleyen ulusal yasa iken, uluslararası düzlemde belirli bir davranışın suç haline gelmesi antlaşmalar ya da gelenek hukuku yoluyla gerçekleşir. Bu anlamda, uluslararası ceza hukukunda yasallık ilkesinin özel bir karakteri söz konusudur ve suçlamalar açıkça ve belirli bir şekilde formüle edilmese bile keyfi olmamalı ve bir yasal temele sahip olmalıdır. Uluslararası ceza hukukunda yasallık ilkesinin başlangıç anı davranış normları ile bastırma normları arasındaki temel bir ayrımda kendisini ortaya koyar.

Gelenek hukukunda, Devletlerin çoğunluğu yasal bir yükümlülüğü yerine getirme duygusuyla hareket etmekten kaçındığında belirli bir davranış türü suç haline gelir. Bu ilke, yalnızca belirli bir davranış normuna karşı ve onu ortaya çıkaran temel geleneğin kanıtı olarak bir metnin varlığını gerektirir. Bu belirli bir davranışı suç olarak tanımlamak için gerekli olmakla birlikte, metinde formüle edilmediğinde ortaya çıkan gelenek hukukunun her zaman açıklığa kavuşturmadığı bir ayrım söz konusudur.

Baskılama normu ise gelenek hukukunda beliren eylem normunun sonucudur. Gelenek hukukundaki baskılama normunun tanımlanmasının gerekli hale gelmesi için aynı şekilde belirli bir davranış normunu ortaya koyan geleneğin sınırının aşılması gerekir.

656 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 22 Mart 2001 tarihli *Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya* [BD] kararı, [34044/96, 35532/97 ve 44801/98].

657 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 16 Kasım 1998 tarihli *Savcılık v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic ve Esad Landzo* ("Celebici Davası") kararı, Case No. IT-96-21-T, § 403.

Diğer taraftan, uluslararası hukuk uyarınca suçu tanımlayan uluslararası antlaşmalar, verilecek cezaları öngörmez ve kendilerini suçun ciddiyeti ile cezaların orantılı olma ölçütünü ortaya koymakla sınırlarlar.[658] Bu konu, duruma göre ulusal mevzuata ya da uluslararası mahkemelere bırakılmıştır. Uluslararası belgelerde ceza bulunmaması, uluslararası hukuk çerçevesinde yasallık ilkesini ihlal etmez.

VIII.2.b. Ceza yasalarının geriye yürümezliği ilkesi

Ceza yasalarının geriye yürümezliği ilkesi çağdaş ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir. Bu temel ilkeye uygun olarak işlendiği zaman suç oluşturmayan bir eylem ya da ihmal nedeniyle kimse yargılanamaz ve hüküm giyemez.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi suçların geriye yürümezliği ilkesine ilişkin olarak *Ecer ve Zeyrek v. Türkiye* kararında 1991 yılında yürürlüğe giren Terörle Mücadele Kanunu'nun 1988 ve 1989'da işlenen fiillere uygulanması nedeniyle Türkiye'nin Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bu başvurunun konusunu oluşturan olayda Diyarbakır DGM Savcısı 19 Ekim 1993'te bir iddianameyle başvurucular aleyhinde 1988 ile 1989 tarihleri arasında PKK üyelerine yardım ve yataklık etmekten ceza davası açmıştır. Savcı, başvurucuların Türk Ceza Kanunu'nun 169. maddesi ile 12 Nisan 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nun *5. maddesi* uyarınca cezalandırılmalarını talep etmiştir. Başvurucular yargılama sırasında isnat edilen suçları reddetmişlerdir. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) 12 Mayıs 1994'te başvurucuları, 1988 ve 1989'da PKK'ya yardım ettikleri için suçlu bulmuş ve hapis cezasına mahkûm etmiştir. Yargıtay bu kararı onamıştır. Başvurucular 1988 ve 1989 tarihlerinde işledikleri suçlar bakımından 1991 tarihli Kanunun 5. maddesinin uygulanmasının, Sözleşmenin 7. maddesine aykırı olarak geriye yürürlü cezalandırma oluşturduğundan şikâyet etmişlerdir. Mahkeme Hükümetin, başvurucuların yargılandıkları suçun Türk Ceza Kanunun 169. maddesi kapsamında mütemadi suç olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürdüğünü kaydetmiş, ancak bu görüşü mütemadi suçun belirli bir suç tipine işaret ettiğini ve bu suç tipi bakımından buna ilişkin unsurların iddianamede açıkça belirtilmesinin zorunlu olduğu gerekçesiyle dikkate almamıştır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, DGM'nin 12 Mayıs 1994 tarihli kararının gerekçesinde başvurucuların 1988 ve 1989'da işledikleri eylemler nedeniyle mahkûm edildiklerini gözlemlemiş; ayrıca gerekçeli kararın herhangi bir yerinde, başvurucuların 1989'dan sonra işlenen bir suçtan mahkûm edildiklerine ilişkin herhangi bir olguya yer verilmediğini tespit etmiştir. Dolayısıyla eylem tarihinde geçerli olmayan ve mevcut cezanın ağırlaştırılmasına yol açan bir ceza yasası hükmünün geçmişe yürürlü olarak uygulanması söz konusu olduğundan Avrupa Mahkemesi Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.[659]

658 Örnek olması bakımından bkz., İşkenceye Karşı Sözleşme (md. 4(2)); Herkesin Zorla Kaybetmeden Korunması Uluslararası Sözleşmesi (md. 7).

659 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 27 Şubat 2001 tarihli *Ecer ve Zeyrek v. Türkiye* kararı, [29295/95 ve 29363/95].

MODÜL IX

CEZASIZLIK ÜRETEN AF VE ZAMANAŞIMI UYGULAMALARI

HAZIRLIK SORULARI

- İnsan hakları ihlalinin failinin cezalandırıldığı durumlarda yine de 'cezasızlıktan' bahsedilebilir mi?
- Cezasızlık özelinde af, zamanaşımı gibi usul kavramları nasıl ele alınmalıdır?
- Bir af düzenlemesinin cezasızlık oluşturup oluşturmadığını anlamak için hangi göstergelere bakılmalıdır?

MODÜL IX:

Cezasızlık üreten af ve zamanaşımı uygulamaları

IX.1. Af ve benzeri uygulamalar ile Cezasızlık

Bu Rehberin I. Modülünde af uygulamalarının tarihsel olarak uluslararası insan hakları hukukundaki cezasızlık kavramının ortaya çıkışındaki belirleyici önemi üzerinde durulmuştur. Burada af kavramının neredeyse cezasızlıkla özdeş bir kavrama dönüşmesinin nedeni, özellikle geçiş dönemi adaleti tartışmaları bağlamında Devletlerin, ağır insan hakları ihlallerinden sorumlu görevlileri için çıkardıkları ve "*kendine af*" ("self amnesty") olarak adlandırılan af türünün ortaya çıkmasına yönelik tepkilerin beraberinde cezasızlıkla mücadele kavramının hukukileşmesine yol açmasıdır.

Dolayısıyla af, kendi başına uluslararası insan hakları hukukunun karşı çıktığı bir hukuki araç değildir. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, dört jandarmanın bir terör saldırısı sırasında öldürülmesi eyleminin failleri aleyhine dava açılmasını engelleyen af yasasına ilişkin olarak öldürme eylemlerinin "*kovuşturulmasını sistematik olarak önleme amacı taşıyan genel bir pratiğin parçası olmadıkça, affın kendiliğinden Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı olmadığını*" belirtmiştir.[660]

Buna karşın, uluslararası toplumun cezasızlıkla mücadelesinin sonucunda ağır insan hakları ve/veya insancıl hukuk ihlali faillerinin Devlet görevlileri ya da onların bilgisi ya da koruması altındaki kişiler olduğu durumlarda faillerin af ve benzeri tedbirlerle eylemlerinin cezasız bırakılmaması gerektiğine yönelik uluslararası insan hakları hukukunda genel bir anlayış birliği oluşmuştur.

Cezasızlık konusunda uluslararası insan hakları organları tarafından referans belge olarak sıklıkla kullanılan *Cezasızlığa Karşı Güncellenmiş İlkeler Demeti*, af ve benzeri başka tedbirlere ilişkin özel bir ilke içermektedir. Buna göre:

> "Bir barış anlaşmasına fırsat tanıyacağı ya da ulusal uzlaşmayı güçlendirecek ortamı hazırlayacağı beklendiği durumlarda bile genel afla ve özel afla ilgili diğer tedbirlerin aşağıdaki sınırlar içinde tutulması gerekir:
>
> a. Uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiillerin failleri, Devletler 19. İlkede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirinceye kadar, ya da fail ilgili devletin sınırları dışındaki -uluslararası, uluslararasına dönüşmüş ya da ulusal bir mahkemede yargılanıncaya kadar, bu tür tedbirlerden yararlanamazlar;
>
> b. Genel af ve özel afla ilgili diğer tedbirler, 31 ila 34. İlkelerde değinilen mağdurların giderim haklarını etkilemez ve bilme hakkına halel getirmez;
>
> c. Suçluluğun kabulü olarak yorumlandığı ölçüde af, görüş ve düşüncelerini barışçıl yollarla ifade özgürlüklerini kullanmalarından kaynaklanan eylemleri nedeniyle suçlanan ya da cezaya çarptırılan kimselere uygulanamaz. Sadece İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 18–20. maddeleri ve Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18, 19, 21 ve 22. maddeleri tarafından güvence altına alınan bu meşru haklarını kullanmaları halinde, hukuken onları hedef alan herhangi adli

660 İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nun 2 Eylül 1991 tarihli *Dujardin ve Diğerleri v. Fransa* kk., [16734/90], sf. 243.

ya da başkaca verilmiş bir karar hükümsüz ve yersiz sayılmalıdır; tutuklulukları hiçbir şarta tabi olmaksızın ve gecikmeksizin sona erdirilmelidir;

d. Yukarıdaki (c) bendinde belirtilenler dışında herhangi bir suçtan mahkûm edilen ve genel af kapsamına dâhil edilen herkes, eğer İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 10–11. maddeleri ile Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 9, 14 ve 15. maddelerince güvence altına alınan adil yargılanma hakkına aykırı olarak yargılanmışsa ya da işkence veya diğer insanlık dışı ve aşağılayıcı sorgulamalara maruz kalmaları sonucunda verdikleri ifade neticesinde mahkûm edilmişse, affı reddetme ve yeniden yargılanmayı talep etme hakkına sahiptir."[661]

Bu ilkeye uygun olarak uluslararası insan hakları organlarının içtihatlarında da benzer bir yaklaşımın teyit edildiği gözlemlenebilir.

BM İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin işkence ve kötü muamele yasağını öngören 7. maddesine ilişkin yayınladığı 20 Nolu Genel Yorumunda, ağır insan hakları özellikle de zorla kaybetme ihlallerinin faillerine yönelik olarak af ve benzeri tedbirlerin geçerliliğini incelemiştir.

Buna göre, "[*A]flar, genel olarak Devletlerin [işkence gibi] eylemlerini soruşturma ve kendi yargı yetkileri içinde böylesi eylemlere maruz bırakılmamalarını güvence altına alma ve gelecekte meydana gelmelerini engelleme yükümlülükleriyle bağdaşmazlar. Devletler, bireyleri, mümkün mertebe rehabilitasyon olanaklarını içerir giderim talebi dahil olmak üzere etkili başvuru yolu hakkından yoksun bırakamazlar*."[662]

İnsan Hakları Komitesi, genel ve özel afların ya da diğer benzeri tedbirlerin insan hakları ihlallerinin failleri bakımından bir cezasızlık atmosferi yaratılmasına katkı sağladığı ve insan hakları ve hukukun üstünlüğüne saygının sağlanması çabalarını baltalamasının yanında Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi uyarınca Devletlerin yükümlülüklerine aykırı olduğunun altını çizmiştir.

Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Komitesi de önüne gelen ilk bireysel başvuru olan *O.R. v. Arjantin* kararında, af yasaları ve benzeri tedbirlerin işkence ve kötü muamele eylemlerinin faillerini cezasız bıraktığını, bu durumun *İşkenceye Karşı Sözleşme*'nin lafzı ile ruhuna aykırı olduğuna karar vermiştir.[663]

Türkiye ile ilgili bir dizi davada İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, etkili başvuru yolu bağlamında işkence gibi eylemler hakkındaki yargılamalar ve mahkumiyetlere genel ya da özel af uygulanmamasının büyük öneme sahip olduğunu vurgulamıştır.[664]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Büyük Dairesi, 1991 tarihinde işlediği savaş suçları nedeniyle 2007 tarihinde mahkum olan, ancak bazı suçlarına yönelik 1997 tarihinde getirilen bir aftan yararlanan eski Hırvatistan Silahlı Kuvvetler komutanına ilişkin hukuki meseleleri ele aldığı *Marguš v. Hırvatistan* kararında şu yorumda bulunmuştur: "*insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve soykırım suçlarını içeren 'uluslararası suçlar' bakımından, af çıkarılma-*

661 Cezasızlığa Karşı Güncellenmiş İlkeler Demeti, İlke 24.

662 İnsan Hakları Komitesi'nin 20 Nolu Genel Yorumu, § 15.

663 İşkenceye Karşı Komite'nin *O. R. v. Arjantin* kararı, [1/1988, 2/1988 ve 3/1988], U.N. Doc. A/45/44, at 108 (CAT 1989).

664 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğerlerinin yanında, 20 Mayıs 2010 tarihli *Baran ve Hun v. Türkiye* kararı, [30685/05], §58; 14 Ekim 2008 tarihli *Erdoğan Yılmaz ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [19374/03], §56; 17 Ekim 2006, *Okkalı v. Türkiye* kararı, [52067/99], § 76; 5 Haziran 2007tarihli *Yeşil ve Sevim v. Türkiye* kararı, [34738/04], § 38; 17 Eylül 2014 tarihli *Mocanu ve Diğerleri v. Romanya* [BD] kararı, [10865/09, 45886/07 ve 32431/08], § 326. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin aynı değerlendirmeyi yaparak etkili başvuru yolu hakkı ihlaline de hükmettiği karar için bkz. 2 Kasım 2004 tarihli *Abdülsamet Yaman v. Türkiye* kararı, [32446/96], § 55.

sının giderek uluslararası hukuk tarafından yasaklandığı düşünülmektedir. Hükümetler tarafından çıkarılan genel aflara uluslararası, bölgesel ve ulusal mahkemelerin karşı çıkması giderek büyüyen bir eğilim olduğundan, uluslararası, bölgesel ve ulusal mahkeme içtihatlarının yanında uluslararası insancıl hukuk kuralları, insan hakları sözleşmelerinin gelenek hukukundan kaynaklanan bir kuralı olarak görülmektedir."[665]

IX.2. Cezasızlık ve zamanaşımı

Ağır insan hakları ihlallerinin ve uluslararası hukuk uyarınca işlenen suçların cezasız kalması meselesi, genellikle ceza yargılamalarında zamanaşımına ilişkin kuralların uygulanabilirliği üzerinde tartışmaya yol açmaktadır. Ağır insan hakları ihlallerinin faillerinin ulusal yargı yerlerinde yürütülen yargılamalarda zamanaşımının uygulanması nedeniyle sıklıkla bu yargılama süreçlerinin sonuçsuz kalması ciddi bir cezasızlık sorununa yol açmaktadır. Dolayısıyla ağır insan hakları ihlallerine karşı yürütülen ceza usul süreçlerinin, bu ihlallerin nedenleri ve faillerin kimlikleri ortaya çıkartılmadan zamanaşımına uğrama/uğratılması mağdurların, mağdur yakınlarının ve tüm toplumun hakikat hakkının ihlalini de gündeme getirmektedir.

Hakikat hakkından doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde zamanaşımı kurallarının engel oluşturmaması bakımından, ağır insan hakları ihlallerine ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların etkili bir başvuru yolu niteliği taşımadıkları sürece zamanaşımı sürelerinin işletilmemesi gerekmektedir. Bunun sebebi bu gibi durumlarda hukuk güvenliği ilkesini koruyan zamanaşımı kurallarının bu işlevini ve amacını artık yitirmiş olmasıdır. İşte ağır insan hakları ihlallerinde gerçekleştirilen ceza soruşturma, kovuşturma ve infaz süreçleri bakımından hukuk güvenliği ilkesinin geçerli olmadığına yönelik istisna yaklaşımı söz konusu soruşturma ve kovuşturmaların hiçbir şekilde zamanaşımına uğramaması gerektiğinin savunulmasına da izin vermektedir.[666]

IX.2.a. Uluslararası hukuk uyarınca zamanaşımı uygulanamaz suçlar

Uluslararası hukukta, belirli uluslararası suç tipleri bakımından zamanaşımının işlemediği açıklıkla ortaya konmuş bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu zamanaşımına tabi olmama durumunun bütün uluslararası suçlar bakımından geçerli olmadığının farkında olunması önem taşımaktadır. Uluslararası ceza hukukunda sadece *savaş suçları*, *insanlığa karşı suçlar*, *soykırım* ve *apartheid* suçlarında zamanaşımı kurallarının işletilmesi yasağı bulunmaktadır.

Yargısız infazlar, işkence ve zorla kaybetmeler de –uluslararası suç olarak nitelendiklerinde dahi– kendiliğinden zamanaşımına tabi olmaktan çıkmazlar. Bununla birlikte bu eylemler –iç ya da uluslararası olsun– silahlı bir çatışma bağlamında kitlesel ya da sistematik bir şekilde işlendiğinde hukuken nitelik değiştirerek insanlığa karşı suç ya da savaş suçuna dönüşürler ve artık zamanaşımına tabi tutulamazlar.

Uluslararası ceza hukukunda –Nürnberg ve Tokyo yargılamaları dahil– insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarına zamanaşımı uygulanamayacağını öngören bir kural 1960'ların ortasına kadar bulunmuyordu. Zamanaşımını ortadan kaldıran kuralın öncülü olabilecek tek kural Nürnberg Yasası olarak adlandırılan Müttefik Denetim Konseyi tarafından kabul edilen 20 Aralık 1945 tarihli *Savaş Suçları, Barışa Karşı Suçlar ve İnsanlığa Karşı Suçlardan Suçlu Kimselerin Cezalandırılmasına Dair 10 Nolu Yasa* 30 Ocak 1933 ile 1 Temmuz 1945 arasında işlenen bu tür suçlar için zamanaşımı uygulamasını yasaklamaktaydı.

---

665 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 27 Mayıs 2014 tarihli *Marguš v. Hırvatistan* [BD] kararı, [4455/10], §130.

666 Bkz., Başak Çalı, "*Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Zamanaşımı: Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme*", Profesör Doktor Başak Çalı ve Hakikat Adalet Hafıza Merkezi tarafından Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne sunulan Amicus Curiae Görüş, sf. 6-7.

Nazi Savaş Suçlularının işledikleri savaş suçları ya da insanlığa karşı suçlara ilişkin zamanaşımından yararlanma tehlikesinin belirdiği 1960'lı yıllarla birlikte, özellikle Avrupa başta olmak üzere, konu tartışılmaya başlandı. Bu tartışmalara yanıt olmak üzere o tarihlerde Avrupa'daki pek çok ülke bu suçlar bakımından zamanaşımını ortadan kaldıran kuralları öngören yasalar benimsemeye başladılar.

Bu tartışmanın uluslararası hukuktaki sonuçları ilk olarak 1965 tarihinde Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey toplantısında görünür hale geldi. Konsey, tavsiye niteliğinde de olsa savaş suçları ile insanlığa karşı suçlar bakımından bütün Devletlerin zamanaşımını kaldırmaya dönük adımlar atmasının uygun olduğunu belirtmekteydi. Bu karar sonrası, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun talebi doğrultusunda konunun tartışılmasına zemin oluşturabilmesi için BM Genel Sekreteri'ne savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar bakımından zamanaşımının uygulanmasını kaldıracak bir kuralın uygulanabilirliği sorunu üzerine bir çalışma hazırlatılmıştır. Bu çalışmanın sonuç kısmında Genel Sekreter, bu suçlar bakımından zamanaşımının işletilmemesi ilkesinin uluslararası kamu düzeninin temel bir ilkesi olarak uluslararası hukukun emredici, *jus cogens* bir kuralı olup olmadığını sorgulamıştır.

Sonuç olarak, zamanaşımının kaldırılmasına yönelik olarak Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi bünyesinde iki uluslararası belge kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, 1968 tarihli *Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi* ile *İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçlarına Zamanaşımı Uygulanamamasına Dair Avrupa Sözleşmesi*.

Bu sözleşmeler günümüzde dünya çapında kabul gören ve geçerliliği üzerinde herhangi bir tartışmanın olmadığı sözleşmelerdir. Burada özellikle belirtilmesi gereken şey, bu tür eylemler nedeniyle zamanaşımının uygulanamazlığı ilkesinin, bu Sözleşme yürürlüğe girmeden önce işlenmiş olsalar bile bu kural zaten uluslararası hukukun emredici bir kuralı olarak mevcut olduğundan *Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*'nin geriye yürürlü olarak uygulanabileceğine yönelik genel bir anlayış birliği bulunduğu söylenebilir. Nitekim, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarıyla bağlantılı bir dizi davada bu yaklaşımı teyit eden kararlar vermiştir.[667]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi *Kononov v. Letonya* kararında savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara zamanaşımı uygulanıp uygulanamayacağını incelerken aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

> *"231. Bununla birlikte, 1944 yılındaki uluslararası hukuk bu konuda sessizdir. Savaş suçlarını kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü ve ceza sorumluluğu hakkında daha önceki uluslararası bildiriler[668] herhangi bir zamanaşımı süresinden söz etmemişlerdir.[669] Denetim Konseyi'nin 10 numaralı Kanunun II (5). maddesi, İkinci Dünya Savaşından önce ve savaş sırasında Alman topraklarında işlenen savaş suçları bakımından meseleye değinmiş olmakla birlikte, 1968 tarihli Sözleşme'nin Başlangıç Bölümünde belirtildiği gibi, ne Nürnberg/Tokyo Şartları ve ne de 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi veya 1949 tarihli Cenevre*

667 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin diğer kararlarının yanında, 17 Mayıs 2010 tarihli Kononov v. Letonya [BD] kararı, [36376/04], §§ 228 ve dv.; 21 Ekim 2013 tarihli Janowiec ve Diğerleri v. Rusya [BD] kararı, [55508/07 ve 29520/09], §§ 149 vd. ayrıca aynı kararda bu tür suçlarda neden zamanaşımının işleyemeyeceğine dair ayrıntılı yorumlarda bulunan Yargıçlar *Ziemele, Da Gaetano, Laffranque* ve *Keller*'in kısmi muhalafet şerhi; 17 Ocak 2006 tarihli Kolk ve Kislyiy v. Estonya kk., [23052/04 ve 24018/04]; 15 Kasım 2001 tarihli , Maurice Papon v. Fransa kk., [54210/00].

668 1942 tarihli St. James' Bildirisi dahil; 1943 tarihli Moskova Bildirisi; Nürnberg ve Tokyo UAM Şartları.

669 1968 tarihli *Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*'nin Başlangıç Kısmı.

Sözleşmeleri veya Nürnberg İlkeleri, savaş suçlarının zamanaşımıyla ilgili herhangi bir hükme yer vermemiştir.

232. Mahkeme tarafından karara bağlanması gereken temel sorun, başvurucunun kovuşturulmasından önceki herhangi bir anda, bu davanın uluslararası hukukta zamanaşımına uğramış olup olmadığıdır. Yukarıdaki paragraftan çıkan sonuca göre, 1944 yılında savaş suçlarından kovuşturma konusunda uluslararası hukuk tarafından belirlenmiş bir zamanaşımı süresi yoktur. 1944 yılına kadar uluslararası hukuktaki gelişmeler, başvurucu aleyhindeki savaş suçu isnatlarına bir zamanaşımı süresi de getirmemiştir."[670]

Görüldüğü üzere, zamanaşımını uluslararası ceza hukukundan kaldıran kuralın geriye yürürlük yasağıyla ilgili ortaya çıkardığı hukuki mesele, bu suçlar bakımından zamanaşımının işlemeyeceğine yönelik kuralın uluslararası hukukun gelenek hukukunda zaten mevcut bir ilke olduğunun kabulüyle aşılmıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bir dizi kararında işlendiği tarihten bağımsız olarak insanlığa karşı suçlara zamanaşımının uygulanamayacağını vurgulamıştır.[671]

Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Devletleri aşağıdaki tedbirleri almakla yükümlü tutmaktadır:

(a) Yasalarda ya da başka bir şekilde belirlenmiş kovuşturma ya da cezalara uygulanmayan zamanaşımı kurallarının savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara da uygulanmamasını ve varsa bu sınırlamaların kaldırılmasını sağlamak için gerekli tedbirleri (yasal veya diğer) kaldırma (Madde IV);

(b) Yasama ya da başka bir yolla uluslararası hukuk uyarınca ister Devlet görevlisi isterse böylesi suçların işlenmesi için bu görevlilerin hoşgörü gösterdiği özel kişiler olsun savaş suçları ya da insanlığa karşı suçların failleri, katılımcıları, suç ortakları ya da azmettiricilerinin iadesini mümkün kılmak için gerekli bütün tedbirleri alma (Madde III);

(c) İster Devlet görevlisi ister bu görevlilerce suçları işlemelerine hoşgörü gösterilen özel kişiler olsun, bu suçların işlenme tarihlerinden bağımsız olarak savaş suçları ya da insanlığa karşı suçların failleri, katılımcıları, suç ortakları ya da azmettiricilerine bu hükümlerin uygulanması (Madde I ve II).

İnsan hakları hukuku bakımından insanlığa karşı suçların faillerine zamanaşımı uygulanmaması ilkesini *Herkesin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*'nin 5. maddesi de örtük olarak teyit etmektedir:

"Zorla kaybedilmelerin yaygın veya sistematik biçimde gerçekleşmesi, uluslararası hukukta da tanımlandığı gibi, insanlığa karşı işlenmiş suç, anlamını taşır ve bu niteliğiyle bu eylem yürürlükteki uluslararası hukukun yaptırımlarına tabidir."

Aynı Sözleşme'nin 8. maddesi 5. madde hükmü saklı kalmak üzere zamanaşımı konusunun zorla kaybetme vakalarına nasıl uygulanması gerektiği konusuna açıklık getirmektedir:

670 BM İnsan Hakları Komisyonu (1966) *Question of the non-applicability of Statutory Limitation to War Crimes and Crimes against Humanity: Study submitted by the Secretary General* UN Doc. E/CN.4/906, s. 104; 1968 tarihli Sözleşme; Robert H. Miller "*The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity*", AJIL, c. 65, No. 3 (Temmuz, 1971), s. 476-501, ve buradaki diğer referanslar; 1974 tarihli Sözleşme; Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü; ve Kok R. (2001) "*Statutory Limitations in International Criminal Law*", TMC Asser Press The Hague, s. 346-382.

671 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 17 Ocak 2006 tarihli *Kolk ve Kislyiy v. Estonya* kk., [23052/04 ve 24018/04]; 15 Kasım 2001 tarihli *Maurice Papon v. Fransa* kk., [54210/00].

"1. Zorla kaybedilme olaylarında zamanaşımı uygulayan bir Taraf Devlet, cezai kovuşturma açısından bu süre için aşağıdaki hususları gözetecektir:

(a) Zamanaşımı süresinin uzun ve eylemin ağırlığı ile orantılı olarak belirlenmesi;

(b) Eylemin süreklilik taşıması durumu da göz önüne alınarak, zamanaşımı süresinin gözaltında kaybedilme eyleminin sona erdiği tarihten itibaren başlatılması.

2. Taraf Devletlerden her biri, zorla kaybedilme mağdurlarının zamanaşımı süresi içinde gerekli tazminatı almalarını sağlayacaktır."

IX.2.b. Ağır insan hakları ihlallerinde zamanaşımı uygulamasına getirilen sınırlamalar ve cezasızlık

Toparlayacak olursak, uluslararası insan hakları hukukunda yargısız infazlar, işkence yasağı ve zorla kaybetmeler gibi ağır insan hakları ihlalini oluşturan eylemler, silahlı çatışmalar bağlamında sistemli ve kitlesel bir uygulamanın parçası olarak insanlığa karşı suç ya da savaş suçu olarak nitelenebiliyorsa, zamanaşımı bu suçlara uygulanmayacaktır.

Ancak, yukarıda alıntılandığı üzere *Herkesin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*'nin 5. maddesinde zımnen kabul edildiği üzere insanlığa karşı suç oluşturmayan zorla kaybetme vakaları için zamanaşımı hükümlerinin uygulanmasına, ancak bu suçların ağırlığıyla orantılı uzun bir süre konulması halinde devam edilebilecektir.[672] Yine de Sözleşme'nin 8. madde hükmü, ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda zamanaşımının ulusal ceza hukuk sistemlerindeki uygulamasına bir dizi sınırlama getirildiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Bunun da ötesinde zamanaşımı yasağı ilkesinin salt insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, soykırım ve *apartheid* ile sınırlamak yerine ağır insan hakları ihlallerini de kapsayacak ölçüde genişletmek yönünde uluslararası insan hakları hukukunda bir eğilim olduğunu belirtmekte yarar bulunuyor.

Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri'nde bu eğilimlerin yansımalarının bulunduğu gözlemlenmektedir. Gerçekten de bu belgenin 6. maddesi:

> *"Uygulanabilir bir antlaşmada öngörüldüğü veya diğer uluslararası hukuki yükümlülüklerde bulunduğu takdirde, uluslararası hukuka göre suç oluşturan ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için zamanaşımı hükümleri uygulanmaz."*

hükmünü getirerek bu eğilimi bir kere daha vurgulamıştır.

İnsan Hakları Komitesi, *Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nde zamanaşımı konusunda açık bir yasak öngörülmemesine rağmen, bir dizi Devlete ağır insan hakları ihlallerine ilişkin zamanaşımı uygulanmaması konusunda çağrıda bulunmuştur. İnsan Hakları Komitesi, *"... askeri dikta yönetimi sırasında medeni ve siyasi haklara yönelik ihlallerin, faillerini adalete teslim etmek için gerektiği kadar geriye yürütülerek, gerektiği kadar uzun süre yargılanması gerektiğine*" hükmetmiştir.[673]

672 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 18 Eylül 2009 tarihli Varnava ve Diğerleri v. Türkiye [BD] kararı, [16064/90 16065/90 16066/90...], § 163.

673 İnsan Hakları Komitesi'nin diğerlerinin yanında Arjantin'e ilişkin 3 Kasım 2000 tarihli sonuç gözlemleri, UN Doc. CCPR/CO/70/ARG, §9.

İnsan Hakları Komitesi, Panama'ya ilişkin olarak "*ağır insan hakları ihlallerine dair zamanaşımının kaldırılması*" gerektiği tavsiyesinde bulunmuştur.[674] Yine İnsan Hakları Komitesi, El Salvador ile ilgili olarak Hükümete, "*zamanaşımına ilişkin kurallarını gözden geçirmesi ve Sözleşme kapsamındaki yükümlülükleriyle tamamen uyumlu hale getirmesi, böylece insan hakları ihlallerinin soruşturulabilmesi ve sorumluların yargılanması ve ihlallerin ciddiyetiyle orantılı bir şekilde cezalandırılması*" yönündeki tavsiyesini yinelemiştir.[675]

Aynı durum İşkenceye Karşı Sözleşme'de zamanaşımına ilişkin açık bir hüküm bulunmamasına rağmen geçerlidir. İşkenceye Karşı Komite, işkence suçlarında zamanaşımının uygulanmasına ilişkin muhalefetini açıkça ifade etmiştir. Komite, "*işkencenin etkilerinin sürekli niteliği nedeniyle, mağdurların uygun bir giderim, tazminat ve rehabilitasyondan mahrum bıraktığı için zamanaşımının uygulanmaması*" gerektiğini belirtmiştir. Komite'ye göre, "*pek çok mağdur bakımından zamanın geçmesi gördüğü zararı hafifletmemekte, bazı durumlarda post travmatik stresin bir sonucu olarak zararları artabilmekte, bu da giderim elde edemeyen mağdurların tıbbi, psikolojik ve sosyal desteğe erişemez kılmaktadır.*" İşkenceye Karşı Komite, bu nedenle Taraf Devletlerin, "*ihlalin ne zaman meydana geldiğine ya da eski bir rejim tarafından ya da bu rejimin rızasıyla gerçekleştirildiğine bakılmaksızın, tüm işkence ya da kötü muamele mağdurlarının başvuru yolu ve giderim haklarına erişebilmelerini*" güvence altına almaları gerektiğini vurgulamaktadır.[676]

İşkenceye Karşı Komite, Türkiye dahil İşkenceye Karşı Sözleşme'ye taraf Devletlere ilişkin sonuç gözlemlerinde işkenceye ilişkin suçlar bakımından zamanaşımının uygulanması yönündeki ceza usul yasalarındaki kuralların kaldırılması tavsiyesinde bulunmuştur.[677]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de *"[...] işkence, kısayoldan ya da yargısız infazlar ve zorla kaybetmeler gibi hepsi de uluslararası insan hakları hukukunda yükümlülük azaltılamaz niteliğe sahip ciddi insan hakları ihlallerinden sorumlu olanların yargılanmasını ve cezalandırılmasını engelleme niyetiyle [kullanıldıkları için] zamanaşımına ilişkin hükümlerin kabuledilemez*" bulduğunu defalarca yinelemiştir.[678]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi aynı şekilde *"[...] hiçbir iç hukuk [kuralı] ya da hükmünün Devletin ciddi insan hakları ihlallerinin sorumlularını soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğünü yerine getirmesini engelleyemeyeceğini"* belirterek, *"[Ö]zellikle ciddi insan hakları ihlalleri ele alınırken, Devletin savunmasında, bu görevini yerine getirmekten kaçınmak için sorumluluğu ortadan kaldırmak üzere konulmuş zamanaşımı ya da benzeri herhangi bir tedbiri kullanamayacağını"* söylemiştir.[679]

674 İnsan Hakları Komitesi'nin Panama'ya ilişkin 17 Nisan 2008 tarihli sonuç gözlemleri, UN Doc. CCPR/C/PAN/CO/3, § 7.

675 İnsan Hakları Komitesi'nin El Salvador'a ilişkin 18 Kasım 2010 tarihli sonuç gözlemleri, UN Doc. CCPR/C/SLV/CO/6, §6.

676 İşkenceye Karşı Komite'nin 13 Aralık 2012 tarihli Taraf Devletlerce 14. maddenin Uygulanmasına İlişkin 3 Nolu Genel Yorumu, UN Doc. CAT/C/GC/3, § 40. Bu bağlamda, Türk Ceza Kanunu'nda işkence ve kötü muamele fiilleri bakımından zamanaşımının bütünüyle kaldırıldığını hatırlatmakta yarar bulunmaktadır.

677 İşkenceye Karşı Komite'nin, diğerlerinin yanında 27 Mayıs 2003 tarihli *Türkiye'ye ilişkin sonuç gözlemleri*, UN Doc. CAT/C/CR/30/5, "Tavsiyeler", § 7 (c); benzer tavsiyeleri için bkz. aynı tarihli *Slovenya'ya ilişkin sonuç gözlemleri*, UN Doc. CAT/C/CR/30/4, § 6 (b); *3 Nisan 2006 tarihli Fransa'ya ilişkin sonuç gözlemleri*, CAT/C/FRA/CO/3, §13.

678 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki diğer kararlarının yanında, 14 Mart 2001 tarihli *Barrios Altos v. Peru* kararı, Series C No. 75, §. 41; 22 Eylül 2009 tarihli *Anzualdo Castro v. Peru* kararı, Series C No. 202, §182; 27 Şubat 2002 tarihli, *Trujillo Oroza v. Bolivya* kararı, Series C No. 92, §106; 29 Ağustos 2002 tarihli *Caracazo v. Venezuela* kararı, Series C No. 95, §119; 24 Kasım 2010 tarihli *Gomes Lund ve Diğerleri v. Brezilya* kararı, Series C No. 219, §171.

679 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 29 Kasım 2009 tarihli *Dos Erres Katliamı v. Guatemala* kararı, Series C No. 211, § 129.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi "*bir Devlet görevlisinin işkence veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda 'etkili başvuru'nun amaçları çerçevesinde, cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramamasının [...] büyük önem taşıdığını*" tespit etmiştir.[680]

Yukarıdaki açıklamalardan da ortaya çıktığı üzere, uluslararası hukuka uyulmaksızın ağır insan hakları ihlallerine ilişkin soruşturma, kovuşturma ve cezalara iç hukuk sistemlerinde zamanaşımı kurallarının uygulanması, uluslararası insan hakları organları tarafından adaletin hileli olarak işletildiğinin işreti olarak görülmektedir. Dolayısıyla ağır insan hakları ihlallerine yönelik bir ceza soruşturmasının, kovuşturmasının ya da verilmiş cezaların infaz edilmeyerek zamanaşımı kuralları gözetilerek cezasız bırakılması, ağır insan hakları ihlallerinin mutlak karakteri göz önüne alındığında insan hakları hukuku uyarınca mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

IX.2.c. Zamanaşımı kurallarının geçerlilik koşulları ve cezasızlık

Zamanaşımı, herhangi bir ceza soruşturması, kovuşturması ya da cezaya ilişkin olarak aradan belirli bir zaman geçmesine bağlı olarak, soruşturmanın ya da yargılamanın başlatılmasına, ceza davası açılmasına, ya da açılmış bir ceza davasının ilerlemesine ya da verilmiş olan bir cezanın verilmesine ilişkin usuli bir engel kuralıdır.

Ağır insan hakları ihlallerinin soruşturulmaları, kovuşturulmaları ve ceza aldıklarında cezaların infazı eğer aradan uzun bir süre geçtiği için gerçekleşmiyorsa zamanaşımına ilişkin kuralların uygulanması, mağdurlar için ceza soruşturmasının sonucuna doğrudan bağlı giderim sağlayıcı başka başvuru yollarını kullanabilmelerinin önünde de engel oluşturabilirler. Özellikle etkili bir ceza yargılamasının sonucunda faillerin belirlenmesi ve cezalandırılması olmaksızın zamanaşımı nedeniyle eylem ile zarar arasındaki nedensellik bağını ortaya koyacak kanıtların toplanmasını gerektiren tazminatla bağlantılı hukuk ya da idari davaların başarısı, doğrudan ceza yargılamasına bağlı olduğu durumlarda, genellikle tazminat yolunun da başarı şansı olmayacaktır.

Hem esas hem de usul yönünden zamanaşımının geçerli olduğu koşulları öngören uluslararası norm ve standartlar, bir dizi belgede öngörülmüştür. Yukarıda alıntılanan *Herkesin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*'nin 8. maddesi bunlardan biridir. Ancak başka belgeler de vardır. *Cezasızlığa Karşı Güncellenmiş İlkeler Demeti'nin* 22 ve 23. İlkeleri bunlardan bir başkasıdır. Yine *Başvuru Yolu ve Giderim İlkeleri*'nin 7. maddesinde de zamanaşımı uygulamasının koşullarını belirleyen hükümler söz konusudur.

Cezasızlığı önleme bağlamında zamanaşımı kurallarının uygulanma koşulları aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

- Zamanaşımı süreleri uzun ve suçun ağırlığıyla orantılı olmalıdır.[681]
- Zamanaşımı süreleri, etkili bir başvuru yolu olmadığında durmalı veya başlayamamalı ve bunlar yeniden devam edememelidir.
- Suçun, zorla kaybetme ve keyfi tutma gibi süregelen nitelikte olması halinde zamanaşımı süresi, sadece suçu oluşturan eylem sona erdiğinde başlayabilmelidir.

680 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda anılan 2 Kasım 2004 tarihli *Abdülsamet Yaman v. Türkiye* kararı, [32446/96], § 55; 17 Ekim 2006 tarihli *Okkalı v. Türkiye* kararı, [52067/99], §76 ve ayrıca bkz. 29 Mart 2011 tarihli *Alikaj ve Diğerleri v. İtalya* kararı, [47357/08], §99.

681 İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Mart 2004 tarihli, "*Sözleşmeye Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin Niteliği*"ne dair 31 Nolu Genel Yorumu, § 18.

- Zamanaşımı süresi boyunca, mağdurlar ve onların aileleri için etkili başvuru yolu hakkı güvence altına alınmalıdır.

Zamanaşımı sürelerinin uygulamasının geçerliliğine ilişkin esaslı ya da maddi koşullar asıl olarak soruşturma ve yargılama makamlarının eylemleri tarafından belirlenir. Eğer bir soruşturma, olguları açıklığa kavuşturma, sorumluları tespit etme, suça katılımın derecesi ile motivasyonunu belirleme konusunda özen ve etkililik standartlarını karşılamıyor ya da suçun cezasız kalmasına izin vermeyi amaçlıyorsa, Devletin uluslararası yükümlülükleri ihlal edildiği için artık zamanaşımının o olaya uygulanması haklı görülemez.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bazı kararlarında soruşturma makamlarının hareketsizliğinin bir sonucu olarak zamanaşımının uygulanmasının da meşru görülemeyeceğini ifade etmiştir.[682]

682 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 3 Haziran 2004 tarihli *Batı ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [33097/96 ve 57834/00], §§ 145-146; 13 Kasım 2013 tarihli *Mocanu ve Diğerleri v. Romanya* [BD] kararı, [10865/09, 45886/07 ve 32431/08], § 224, ayrıca ufuk açıcı olması bakımından bkz., aynı karara Yargıçlar *Pinto de Albuquerque* ile *Vučinić*'in sunduğu ayrı görüş şerhi.

MODÜL X

HAKİKAT HAKKI

HAZIRLIK SORULARI

- Geçiş dönemi adaleti ne demektir?
- Hakikat hakkı nedir?
- Adalete erişim hakkı, hakikat hakkı, onarım hakkı ve ihlalin tekrarlanmamasına ilişkin güvencelere sahip olma hakkı arasında ne tür bir ilişki vardır?
- Hafıza hakkı neyi korur? Bilgiye erişim hakkıyla ilişkisi nedir?
- Uluslararası sözleşme ve başkaca belgelerde hakikat hakkı nasıl tanımlanmaktadır?
- Uluslararası insan hakları içtihadında hakikat hakkı nasıl ele alınmaktadır?

MODÜL X:

Hakikat Hakkı[683]

«Utanç bir dışlanma korkusu belirdiğinde ortaya çıkar. Tek tek insanlar bir topluluğun bir parçası oldukları için utandıklarını söyleyebilir; ama çoğunluk utanan bir şey değil. Adı üstünde çoğunluk, dışlanan değil, kendisi dışlayan şey. Hep "toplumsal hafızamız yok" diyoruz ya, ama ya toplumsal hafıza, aynı zamanda, silen bir hafızaysa?»

Nurdan Gürbilek[684]

X.1. Geçiş dönemi adaleti ve hakikate erişim

20. yüzyıl boyunca dünyanın pek çok bölgesinde yaşanan soykırım, etnik temizlik, yargısız infaz, zorla kaybetme, işkence gibi ağır ve kitlesel insan hakları ihlalleri, evrensel ve bölgesel ölçekte bu tür ihlallerinin bir daha gerçekleşmemesi amacıyla geçmişle hesaplaşma, cezasızlıkla mücadele ve geçmiş ihlallere dair gerçeği öğrenme çabalarını arttırmıştır. Özellikle 1970-1980'li yıllar arasında Arjantin, Şili, Uruguay, Brezilya gibi Latin Amerika ülkelerinde hüküm süren askeri diktatörlükler sırasında işlenen ağır insan hakları ihlalleriyle hesaplaşmaya yönelik talepler kurumsal bir çerçeveye kavuşmuştur. Siyasi geçiş dönemleriyle bağlantılı olarak, baskıcı rejimler veya silahlı çatışmalar sırasında işlenen suçlarla yüzleşmeyi amaçlayan hukuki ve hukuk dışı müdahalelerin şekillendirdiği bir alan olan geçiş dönemi adaleti bu dönemde güçlenmiştir. Geçiş dönemi adaleti, ağır insan hakları ihlallerinin damgasını vurduğu derin toplumsal çatışmalardan, şiddet ve iç savaş dönemlerinden sonra adaleti, toplumsal uzlaşmayı ve barışı tesis edebilmek amacıyla hayata geçirilecek politikaları konu alır.[685]

Geçiş dönemi adaletinin iki önemli eksenini oluşturan ceza adaletinin tesis edilmesi ve hakikatlerin açığa çıkarılmasının yanı sıra, siyasal şiddet dönemlerinde mağdurların maruz kaldıkları maddi ve manevi zararların onarılması ve gasp edilen hakların iadesi de geçiş dönemi adaletinin merkezinde yer alır. Bu doğrultuda, geçiş dönemi adaletinin tarihsel seyri içinde, kitlesel ve sistematik ağır insan hakları ihlallerinin telafisine yönelik, birbiriyle ilişkili olan, fakat kapsamı ve içeriği farklı dört temel hak kabul edilmiştir. Bunlar, adalete erişim hakkı, hakikat hakkı, onarım hakkı ve ihlallerin tekerrürüne karşı güvencelere sahip olma hakkıdır.[686]

Bu dört temel haktan biri de, önce Latin Amerika kıtasında askeri diktatörlükler sırasında yaygın olarak işlenen zorla kaybetme suçu bağlamında ortaya çıkan ve zaman içinde güçlenerek uluslararası normatif tanımaya konu olan hakikat hakkıdır. Hakikat hakkının uluslara-

683 Bu bölüm Hülya Dinçer tarafından, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Hakikat Hakkı başlıklı doktora tezinden yararlanarak kaleme alınmıştır.

684 Epigraf, Express Dergisi'nin 173. sayısında Nurdan Gürbilek ile yapılan söyleşiden alınmıştır.

685 Geçiş dönemi adaleti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Naomi Roht Arriaza, Javier Mariezcurrena, "*Transitional Justice in the Twenty First Century, Beyond Truth versus Justice*" (ed.) Cambridge University Press, Cambridge, 2006; Ruti Teitel, "*Transitional Justice Genealogy*", Harvard Human Rights Journal, 2003, No. 16, ss. 69-94; Arthur Paige, "*How 'Transitions' Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice*", Human Rights Quarterly, 31 (2009), ss. 321-367; Kieran McEvoy, Lorna McGregor, "*Transitional Justice From Below Grassroots Activism and the Struggle for Change*" (ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008.

686 Bkz.: *BM İnsan Hakları Konseyi, Hakikat, Adalet, Onarım ve Tekerrüre Karşı Güvencelerin Geliştirilmesine Yönelik Özel Raportörlük Raporu*, (Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-recurrence, Pablo de Greiff), A/HRC/21/46, 9.8.2012

rası insan hakları hukuku içinde tanınması ve siyasal, etik, ahlaki bir talepten, yasal ve yargısal bir güvencenin konusuna dönüşmesi uzun bir tarihsel gelişim içinde olmuştur. Özellikle 1970'lerden itibaren dünyanın çeşitli bölgelerinde yaşanan sivil dikta ve askeri darbe rejimleri ya da silahlı çatışmalar sırasında işlenen ağır ihlallerin ardından, yerelden başlayarak ulus aşırı bir mücadeleye evrilen toplumsal hareketler ve farklı uluslararası insan hakları kuruluşlarının çalışmaları sonucunda hakikat hakkı hukuken bağlayıcı ve yol gösterici belgelerde tanınmış ve somutlaştırılmıştır.

Latin Amerika'nın pek çok ülkesinde, devlet eliyle ya da devlet destekli olarak yaygın biçimde yürütülen zorla kaybetmeyi devletlerin sistematik biçimde ve ısrarla inkar etmesi üzerine pek çok kayıp ailesi hakikat talebi etrafında bir araya gelmiştir. Arjantin'de *Madres del Plaza del Mayo* (*Plaza de Mayo Anneleri*), Guetamala'da *Coordinadora Nacional de Viudas de Guatemala (Guatemala Dulları Ulusal Koordinasyonu)* gibi dernekleri, çoğunlukla kayıp çocuklarını veya eşlerini mahkemelerde, nezarethanelerde arayan kadınlar kurmuştur. Kayıp yakınlarının ahlaki ve politik bir talep olarak ileri sürdükleri hakikat, Latin Amerika'da askeri rejimlerin yıkılmasıyla birlikte hayata geçirilen demokratik geçiş süreci politikalarına şekil vermiştir. Geçmiş rejimlerin işlediği hak ihlalleri, ulusal hakikat ve araştırma komisyonlarının kurulması, toplu mezarların açılarak kayıpların bedenlerine ulaşılması ve kimliklerinin tespit edilmesi, insan hakları ihlalleriyle ilgili resmi soruşturmaların açılması ve ceza yargılamalarının başlatılması gibi yöntemlerle açığa çıkarılmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte devletlerin hakikat komisyonlarına ceza yargılamasına alternatif bir işlev yüklemesi nedeniyle, geçmiş suçlarla hesaplaşmaya yönelik toplumsal talepler tam anlamıyla karşılanmamıştır. Geçiş dönemlerinde devlet siyasetine yön verenlerin, hakikatin ortaya çıkarılmasını adalet arayışından bağımsız bir talep olarak değerlendirip, bir yandan hakikat komisyonları kurarken, diğer yandan faillere cezasızlık sağlayan af yasaları çıkarmaları nedeniyle yerel toplumsal hareketler, Arjantin, Şili, Uruguay gibi ülkelerde af yasalarıyla önü kesilen hakikat arayışlarını bu kez uluslararası alana taşımışlardır.

Böylece mağdurların ve mağdur yakınlarının hakikat arayışı, kayıp yakını derneklerinin ve örgütlerinin, sınıraşan hak savunuculuğu ağlarıyla kurdukları işbirliği vasıtasıyla, Birleşmiş Milletler *İnsan Hakları Komisyonu*, Birleşmiş Milletler *Zorla ve İrade dışı Kaybetmeler Çalışma Grubu* gibi uluslararası organlar önüne taşınmış ve geniş bir etki yaratarak, zamanla geçmişle hesaplaşmaya yönelik uluslararası politikaların şekillenmesinde belirleyici hale gelmiştir. Öyle ki bugün, hakikatleri açığa çıkarmaya yönelik mekanizmalar, artık dünya ölçeğinde barış ve çatışma çözümü süreçlerinin vazgeçilmez bir parçası haline gelmiş; Birleşmiş Milletler, Amerikan Devletleri Örgütü, Avrupa Konseyi gibi uluslararası ve hükümetler arası kuruluşların ve insan hakları denetim mekanizmalarının kararlarında hakikat hakkı, mağdurların ve bir bütün olarak toplumun sahip olduğu temel bir hak olarak yer bulmuştur.

X.2. İnsan Hakları Belgelerinde Hakikat Hakkı

Hakikat hakkı, uluslararası insan hakları belgelerinde ve ihlallerin önüne taşındığı insan hakları denetim mekanizmalarının kararlarında hem tek tek bireylerin hem de toplumun kolektif olarak sahip olduğu bir hak olarak tanınmaktadır. Hakikat hakkı, devletin insan haklarını sadece korumakla değil; aynı zamanda haklara yönelik ihlalleri etkili bir biçimde soruşturmak ve ihlallere dair tüm bilginin erişilebilir kılınmasını sağlamakla yükümlü olması esasına dayanır.

Devletin üstlendiği pozitif yükümlülükler, ihlalleri soruşturmak, sorumluları yargılamak ve cezalandırmak; mağdurlar, mağdur aileleri ve toplumla yaşanan olaylara dair açığa çıkarılan tüm bilgiyi paylaşmak; mağdurlara uygun tazminat ve onarım sağlamak, failleri yasal ve idari yetkiye sahip oldukları tüm devlet kurumlarından uzaklaştırmaktır. Bu yükümlülükler

insan hakları sözleşmelerinde açıkça zikredilmese de insan hakları koruma mekanizmalarının ve uluslararası organların bağlayıcı nitelikteki normlara dair yorumlarında ortaya çıkmaktadır.

Birleşmiş, Milletler tarafından "devredilemez", "özerk" ve "sınırlandırılamaz" bir hak olarak tanınan hakikat hakkı[687], bir yandan insan hakları ihlalleri karşısında cezasızlıkla mücadeleye yönelik ilkeler içinde telaffuz edilirken, diğer yandan mağdurların tazmin ve telafi haklarını düzenleyen belgelerde hukuki başvuru yolları ve onarım araçları arasında yer almaktadır.

X.3. Uluslararası Sözleşmelerde Hakikat Hakkı

X.3.a. Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri'nde "Bilme Hakkı"

Tarihsel olarak hakikat hakkının ilk ve en eski sözleşmesel dayanağı, silahlı çatışmalar sırasında savaşan tarafların sivil kişileri korumaya yönelik yükümlülüklerini düzenleyen Cenevre Sözleşmeleri'dir. 4 No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 26. maddesi, çatışmanın taraflarının, savaş nedeniyle dağılan aile üyelerinin birbirleriyle tekrar iletişim kurmak ve mümkünse tekrar bir araya gelmek amacıyla başlattıkları arayışı kolaylaştırması gerektiğini düzenlemiştir.

1977 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne Ek, Uluslararası *Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına Dair 1 No'lu Protokol*'ün[688] *"Kayıp ve Ölü Kişiler"* başlıklı III. Bölümü altında düzenlenen 32. maddeye göre, "*Yüksek Sözleşmeci Tarafların, çatışmanın taraflarının ve Sözleşmeler ile bu Protokol'de belirtilen uluslararası insani örgütlerin faaliyetlerini, öncelikli olarak ailelerin yakınlarının akıbetini bilme hakkı yönlendirir.'* Protokol'ün 33. maddesi ise, çatışmanın taraflarına, çatışmanın sona ermesinden sonra karşı tarafça kayıp olduğu bildirilen kişileri arama yükümlülüğü ve kayıp kişilerle ilgili tüm bilgileri iletme yükümlülüğü getirmektedir.

Hakikat hakkının tarihsel köklerini, silahlı çatışmalar sırasında kaybolan kişilerin ailelerinin, yakınlarının akıbeti hakkında bilgi sahibi olma hakkı temelinde insancıl hukuk düzenlemelerinde bulduğu görülür. Bu hakkın insancıl hukuk uyarınca devletlere yüklediği yükümlülük, aile fertlerinin, kayıp yakınlarının akıbetini, bulunduğu yeri, eğer kişi ölmüşse ölüm sebebini ve ölümünü çevreleyen koşulları "bilme hakkı"nı, hem silahlı çatışma hem de ülke içi şiddet dönemleri için açıkça tanımaktır.[689]

Kızılhaç Komitesi, silahlı çatışmaların bir sonucu olarak kayıp olduğu bildirilen kişilerin akıbetinin aydınlatılması için mümkün olan tüm tedbirlerin alınmasının ve bu kişilerin ailelerine kayıp kişi hakkında eldeki tüm bilginin verilmesinin bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğunu kabul etmiştir.[690]

X.3.b. Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme'de Hakikat Hakkı

Hazırlık çalışmaları 2003 yılında BM İnsan Hakları Komisyonu *Zorla ve İrade Dışı Kaybetmeler Çalışma Grubu* öncülüğünde başlayan, büyük ölçüde Latin Amerika'daki kayıp yakınları derneklerinin çabalarıyla şekillenen *Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunması Hakkında*

687 BM İnsan Hakları Konseyi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi Raporu, Hakikat Hakkı, (Report of the Office of the High Commissioner for Human Rights, "Right to the Truth"), A/HRC/5/77.6.2007.

688 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek, Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına Dair Protokol, (1 No'lu Protokol), Cenevre, 8.6.1977.

689 Bkz.: Comité International de Croix Rouge (CICR), "*Les Personnes Portées Disparues et Leurs Familles: Recommandation Pour L'élaboration d'une Législation Nationale*", 10/2003.

690 International Committe of Red Cross (ICRC), Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, "*Customary International Humanitarian Law*", Vol. I: Rules, Rule 117: Accounting for Missing Persons, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 421.

Uluslararası Sözleşme (Kayıplar Sözleşmesi), 20 Aralık 2006 tarihinde BM Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve 23 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[691]

Sözleşme ile birlikte, zorla kaybetmeden korunma ilk kez bağlayıcı bir uluslararası hukuk metninde sınırlandırılamaz bir insan hakkı olarak tanımlanmıştır. Sözleşme aynı zamanda Üye Devletlere, zorla kaybetmeyi iç hukuklarında bağımsız bir suç olarak düzenleme, suçu önleme, suçun faillerini soruşturma ve yargılama yükümlülüğü getirmektedir.

Kayıplar Sözleşmesi, aynı zamanda hakikat hakkını da uluslararası hukukta açıkça tanıyan tek sözleşmedir. Sözleşme'nin 24 (1) maddesi, zorla kaybetme suçunun mağduru olabilecek kişi kategorisini geniş bir biçimde tanımlar. Buna göre: *Bu Sözleşme'nin amaçları açısından "mağdur", kaybedilen kişi ile birlikte, zorla kaybedilme nedeniyle doğrudan zarar gören tüm diğer özel kişileri ifade eder."* Bu mağdur tanımı, kayıp kişinin yanı sıra, onun ailesini ve yakınlarını da kapsar.

24. maddenin 2. fıkrasına göre ise: "*Her mağdur, zorla kaybetme olayının cereyan ettiği koşullara dair hakikati, yapılan soruşturmanın ilerleyişi ile sonuçlarını ve kaybolmuş kişinin akıbetini bilme hakkına sahiptir. Taraf Devletlerden her biri bunların sağlanması için gerekli önlemleri alacaktır*." Böylece hakikat hakkı ilk kez bir sözleşmeyle evrensel bağlayıcılığa kavuşmuştur. Bununla birlikte, Sözleşme'de hakikat hakkının kapsamı, içeriği ve sınırları net bir şekilde belirlenmiş değildir.

X.4. Uluslararası Örgütlerin Belgelerinde Hakikat Hakkı

Hakikat hakkı hem evrensel ölçekte, Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen insan hakları belgelerinde, hem de Amerikan Devletleri Örgütü, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve Afrika Birliği gibi bölgesel örgütlerin belgelerinde tanınan bir haktır. Hesap verebilirlik ve cezasızlıkla mücadele, mağdurların onarım elde etme hakkı, çatışmasızlık ve barışın inşası gibi alanlarda uluslararası örgütlerin çeşitli organlarınca kabul edilen kararlar, hakikat hakkını hem farklı yönleriyle tanımakta hem de onu tanımlayarak somutlaştırmaktadır. Bu bölümde, bu belgeler arasından temel referans kaynaklarına yer verilecektir.

X.4.a. Birleşmiş Milletler Belgelerinde Hakikat Hakkı

Birleşmiş Milletler belgelerinde "*devredilemez, özerk ve sınırlandırılamaz*" bir hak olarak tarif edilen hakikat hakkı, hem insan hakları ihlallerinin cezasız bırakılmasıyla mücadele için belirlenen ilkeler içinde[692], hem de ağır insan hakları ihlalleri mağdurlarının haklarını düzenleyen Birleşmiş Milletler belgelerinde hukuki başvuru yolları ve onarım araçları arasında yer alır.[693] Öte yandan hakikat hakkının daha geniş toplumsal hedeflerle bağlantılı olarak, yaygın insan hakları ihlallerinin ya da çatışmaların sebeplerini ve koşullarını anlamaya ve

691 BM Genel Kurulu, Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme, (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance), E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/Rev.4, 20.12.2006. Sözleşme 23.10.2010'de yürürlüğe girmiştir. Bugüne dek 98 Devlet Sözleşme'yi imzalamış; 63 Devlet ise Sözleşme'ye taraf olmuştur. Rusya, Çin, Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Türkiye ise Sözleşme'ye taraf değildir. Güncel bilgi için bkz.:https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&clang=_en

692 BM Genel Kurulu, İnsan Hakları İhlalleri Failerinin Cezasızlığı Sorunu (Medeni ve Siyasi Haklar): Mr. Joinet'nin Sonuç Raporu (Question of Impunity of Perpetrators of Violations of Human Rights (Civil and Political Rights): Revised Final Report by Mr. Joinet), UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 26.6.1997.

693 BM Ekonomik ve Sosyal Konsey, Ağır İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklere Yönelik İhlallerin Mağdurlarının İade, Tazminat ve Sağaltım Hakkına İlişkin İnceleme: Özel Raportör Theo Van Boven'ın Sonuç Raporu, (Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms: Final Report by Theo van Boven, Special Rapporteur), UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 2.7.1993.

cezasızlıkla mücadeleye katkı sunarak gelecekte aynı ihlallerin tekerrür etmesini önleme işlevine sahip olduğu da kabul edilmiştir.

Birleşmiş Milletler'in kabul ettiği, *İnsan Haklarının Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla Korunmasına Yönelik İlkeler Bütünü* içinde, "hakikat hakkı" sadece mağdurların ve ailelerinin sahip olduğu devredilemez bir hak olarak değil; aynı zamanda toplumun kolektif olarak sahip olduğu, kültürel mirasının parçası olan baskı ve zulüm tarihini öğrenme hakkı olarak da tanınmıştır.[694] Bu hakkın simetrik olarak devlet nezdinde doğurduğu yükümlülük ise, kolektif hafızanın korunmasına yönelik olarak *hafıza ödevi (devoir de mémoire)* dir.

Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi için Güncellenmiş İlkeler Demeti'nde ifade edildiği haliyle: "*Herkes, geçmişte yaşanan olaylar ve ağır insan hakları ihlalleri örüntüsüyle, olağandışı suçların işlenmesine yol açan koşullar ve sebepler hakkındaki hakikati öğrenmeyi içeren, devredilemez bir hakka sahiptir. Hakikat hakkından tam ve etkin biçimde yararlanma, bu tip eylemlerin gelecekte gerçekleşmesini önlemek için esastır.*"

Cezasızlıkla mücadeleye yönelik kabul edilen ilk ilke, devletlerin cezasızlıkla mücadelede etkili eyleme geçmeye yönelik genel yükümlülüklerini içerirken; 2. ilke *"devredilemez hakikat hakkı"na (the inalienable right to the truth);* 3. ilke *"hafızayı koruma ödevi"ne (the duty to preserve memory);* 4. ilke *"mağdurların bilme hakkına" (the victims"right to know) ve* 5. ilke *"bilme hakkını etkili kılmaya yönelik güvenceler"e (guarantees to give effect to the right to know)* ayrılmıştır.

"Devredilemez hakikat hakkı" başlıklı 2. ilkeye göre: "*Herkes geçmişte menfur suçların işlenmesine ilişkin olaylar ve kitlesel ya da sistematik ihlaller yoluyla bu suçların işlenmesine yol açan koşullar ve sebepler hakkında, hakikati bilme şeklinde devredilemez bir hakka sahiptir. Hakikat hakkının tam ve etkili biçimde hayata geçirilmesi, ihlallerin tekrar etmesine karşı yaşamsal bir güvence sunar.*"

3. ilke ise hakikat hakkının kolektif yönünü ve buna tekabül eden yükümlülük olarak hafıza ödevini düzenlemektedir. Buna göre: "*bir halkın kendisine uygulanan zulme ilişkin bilgisi, o halkın mirasının bir parçasıdır ve bu bilgi, Devletin, arşivler ile insan* hakları ve insancıl hukuk ihlallerine dair diğer delilleri muhafaza etme ve bu ihlallerin bilinmesini kolaylaştırma yükümlülüğü doğrultusunda uygun tedbirler alınarak temin edilmelidir. Bu tedbirler, kolektif hafızayı yok olmaya karşı muhafaza etmeye ve bilhassa revizyonist ve inkarcı tezlerin gelişmesine karşı korumaya yönelik olmalıdır."

Cezasızlıkla mücadelenin yanı sıra, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 2005 yılında kabul ettiği, *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurları için Başvuru yolu ve Giderim Hakkına Dair Temel İlkeler ve Rehber Kurallar*'da da, hakikat hakkını hayata geçirmeye yönelik adımlar olarak, *"olguların güvenilir kaynaklarla ortaya çıkarılması ve gerçeğin kamuoyuyla paylaşılması; infaz edilen ve kayıp kişilerin kimliklerinin teşhis edilerek akıbetlerinin araştırılması; infaz edilenlerin yeniden usulüne uygun olarak defnedilmesi ve olaylardaki devlet sorumluluğunun tanınması ve resmi düzeyde özür dilenmesi*", adil tatmin yolları arasında sayılmıştır.[695]

694 BM İnsan Hakları Komisyonu, Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi için Güncellenmiş İlkeler Demeti: Bağımsız Uzman Diane Orentlicher'ın Sonuç Raporu, (Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity: Report of the Independent Expert Diane Orentlicher), UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8.2.2005.

695 BM Genel Kurulu, Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurları için Başvuru yolu ve Giderim Hakkına Dair Temel İlkeler ve Rehber Kurallar (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law), A/RES/60/147, 16 Aralık 2005, İlke 22.

Buna göre, maddi tazminin ötesinde, mağdurlara sağlanacak adil tatminin (satisfaction), "*yeni bir zarara sebep olmadığı veya mağdurun, mağdurun yakınlarının, tanıkların veya mağdura yardım etmek ya da yeni ihlallerin gerçekleşmesini önlemek için müdahale etmiş olan kişilerin güvenliğini ve menfaatlerini tehdit etmediği ölçüde gerçeklerin ortaya çıkarılmasını ve hakikatin eksiksiz biçimde kamuoyuyla paylaşılmasını*" da gerektirdiği ifade edilmiştir.[696]

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 2005/66 tarihli "*Hakikat hakkı*" başlıklı ilke kararı da [697] ağır insan hakları ihlalleri ve ciddi insancıl hukuk ihlallerine dair hakikati bilme hakkının devredilmez ve özerk bir hak olduğunu tanımış ve bu hakkın, devletin insan haklarını koruma ve güvenceye alma, etkili soruşturma yürütme ve etkin bir onarım ve tazminat sağlama yükümlülükleriyle bağlantılı olduğu sonucuna varmıştır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi de, 12.10.2009 tarihinde Genel Kurul'da kabul edilen kararında,[698] devletleri hakikat hakkını tanımaya, insan hakları hukuku ve insancıl hukuk ihlallerini araştırmaya, mağdur yakınlarının ve mağdurların ihlallerin oluştuğu koşullardan haberdar olmalarını ve tüm yargısal süreçlere ve soruşturmalara katılmalarını sağlayacak yargısal ve yargı dışı mekanizmaları hayata geçirmeye davet etmiştir.[699] İnsan Hakları Konseyi ayrıca 23 Haziran 2010 tarihli 14/7 sayılı kararıyla, [700] 24 Mart'ı *"Ağır İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Hakikat Hakkı ve Mağdurlar İçin Haysiyet Günü"* ilan etmiştir. BM Genel Kurulu da, 21 Aralık 2010 tarihinde, bugüne dek BM insan hakları organlarının hakikat hakkına ilişkin kararlarına ve çalışmalarına atıfta bulunarak, 24 Mart'ı Uluslararası Hakikat Hakkı Günü ilan etmiştir.[701]

Bunun yanı sıra 2012 yılında, Birleşmiş Milletler bünyesinde Hakikat, Adalet, Onarım ve Tekerrüre Karşı Güvencelerin Geliştirilmesine Yönelik Özel Raportörlük kurulmuş; bu Raportörlük, geçiş dönemi adaleti çerçevesinde hakikat hakkının somut güvencelerinin geliştirilmesine vurgu yapan bir dizi yıllık rapor yayınlamıştır.[702] Bundan sonra, Birleşmiş Milletler bünyesindeki pek çok insan hakları organı hakikat hakkını, mağdurların onarım ve telafi hakkı bağlamında ele almaya ve hakkın güvencelerini somutlaştırarak geliştirmeye devam etmiştir.

X.4.b. Amerikan Devletleri Örgütü Belgelerinde Hakikat Hakkı

Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ), tüm Üye Devletlerin delegasyonlarının yer aldığı en üst siyasi organ niteliğindeki Genel Kurul bünyesinde kabul edilen ilke kararlarda ve Amerika-

696 İlke 22(b) .

697 BM İnsan Hakları Komisyonu, Hakikat Hakkı Üzerine İnceleme: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi Raporu (Study on the Right to the Truth: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights), E/CN.4/2006/91 8.2.2006.

698 BM İnsan Hakları Konseyi, İnsan Hakları İlke Kararı 9/11: Hakikat Hakkı (Human Rights Resolution 9/11: "Right to the truth,"), UN Doc. A/HRC/RES/9/11, 18.9.2008.

699 Bkz. aynı zamanda BM, Zorla ve İrade dışı Kaybetmeler Çalışma Grubu, Zorla Kaybetmeyle İlişkili Olarak Hakikat Hakkı Üzerine Genel Yorum (General Comment on the Right to the Truth in relation to Enforced Disappearance), A/HRC/16/48, 22.8.2010.

700 BM İnsan Hakları Konseyi, 24 Mart'ın "Hakikat Hakkı ve Mağdurlar İçin Haysiyet Günü" İlan Edilmesine İlişkin 14/7 sayılı İlke Karar, (Human Rights Council Resolution, "Proclamation of 24 March as the International Day for the Right to the Truth concerning Gross Human Rights Violations and for the Dignity of Victims"), UN Doc. A/HRC/RES/14/7, 23.6.2010.

701 BM Genel Kurul İlke Kararı, 24 Mart'ın "Hakikat Hakkı ve Mağdurlar İçin Haysiyet Günü" İlan Edilmesi ("Proclamation of 24 March as the International Day for the Right to the Truth concerning Gross Human Rights Violations and for the Dignity of Victims"), UN Doc. A/RES/65/19621.10.2010.

702 Bkz.: BM İnsan Hakları Konseyi, Hakikat, Adalet, Onarım ve Tekerrüre Karşı Güvencelerin Geliştirilmesine Yönelik Özel Raportörlük Raporu, (Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-recurrence, Pablo de Greiff), A/HRC/21/46, 9.8.2012; UN Doc. A/HRC/24/42, 28.8.2013; A/69/518, 14.10.2014; UN Doc. A/HRC/30/42, 7.9.2015.

lılar arası sistem içinde insan haklarını koruma ve geliştirme görevini yürüten iki organdan biri olan Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu'nun karar ve faaliyetlerinde hakikat hakkını tanımıştır. Bunlardan ilki olan 6 Haziran 2006 tarihli ilke kararında Genel Kurul, İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin, yargısal korunma, adil yargılanma ve yargısal güvencelerden yararlanma hakkı ile ifade özgürlüğü ve devletin insan haklarını koruma yükümlülüğünü düzenleyen 1(1), 8, 13 ve 25. maddelerine atıfta bulunarak; özellikle insancıl hukuk çerçevesinde silahlı çatışmalar sırasında kaybolan kişilerin ailelerinin, yakınlarının akıbetini öğrenme hakkına vurgu yapmıştır.[703] Genel Kurul hakikat hakkını, *"ağır insan hakları ihlalleri ve ciddi insancıl hukuk ihlalleri mağdurlarının, mağdur ailelerinin ve tüm toplumun, bu ihlaller hakkındaki hakikati, mümkün olan en kapsamlı haliyle bilme, bilhassa faillerin kimliğini, ihlallerin sebeplerini, olayları ve bu ihlallerin gerçekleştiği koşulları öğrenme hakkı"* olarak tanımlamıştır. Genel Kurul'un önemle dikkat çektiği bir diğer nokta, devletlerin, bir bütün olarak toplumun ve özellikle de mağdur yakınlarının, ağır insan hakları ihlalleri ve ciddi insancıl hukuk ihlallerine ilişkin hakikati öğrenmesi için etkili mekanizmaları yaratması gereğidir. Genel Kurul bu kararı takiben, 2007, 2008 ve 2009 yıllarında hakikat hakkı üzerine, özellikle BM organlarının ilgili kararlarına atıfla ilke kararlar almaya devam etmiştir.[704]

Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu da (AAİHK), 1977'den itibaren Genel Kurul'a sunduğu insan hakları ihlallerine ilişkin raporlarda, Güney Amerika'da zorla kaybetme olgusunun mağdur aileleri ve yakınları için, kayıp kişinin akıbetine ilişkin süregiden belirsizlik nedeniyle bir işkenceye dönüştüğünü tespit etmiş; [705] kayıp kişinin akıbetinin soruşturulması ve kişinin durumu hakkında ailesinin bilgilendirilmesi gereğini vurgulamıştır. Komisyon'un 1985-1986 yıllarına ait raporuna göre: "*tüm toplum, bu tür olayların gelecekte tekrar etmesini önlemek amacıyla, olan bitenler hakkındaki ve korkunç suçların işlenmesini mümkün kılan sebep ve koşullara ilişkin hakikati öğrenmek şeklinde devredilemez bir hakka sahiptir. Aynı zamanda hiç bir şey mağdur ailelerini, yakınlarının başına gelenleri öğrenmekten alıkoyamaz. Hakikate erişim, ifade özgürlüğü önünde engel olmamasını gerektirir*."[706]

Komisyon, 2014 yılında hazırladığı, "*Amerikan Ülkelerinde Hakikat Hakkı*" başlıklı hakikat hakkına ilişkin en kapsamlı raporunda, Amerikalılar arası insan hakları sistemi organlarınca yorumlandığı haliyle hakikat hakkına ilişkin temel ilkeleri incelemiş; aynı zamanda hakikat hakkını güvenceye almaya yönelik ulusal girişimlere ve Latin Amerika'da hakikat komisyonlarının rolüne ve önemine de yer ayırmıştır. Komisyon, devletlerin girişimlerinin ve Amerikalılar arası insan hakları sistemi mekanizmalarının hakikat hakkını tanıma ve güvenceye almadaki rolünün yanı sıra, aynı zamanda devlet-dışı aktörlerin de, talepleri ve mücadeleleriyle hakikat hakkının hayata geçirilmesi ve şekillenmesinde önemli rol oynadıklarına işaret etmektedir.. Hakkın resmi olarak tanınmasında, normatif güvenceye kavuşturulmasında ve ihlallerin aydınlatılmasında özellikle Latin Amerika'daki kayıp yakını dernekleri gibi sivil girişimler etkin bir rol oynamıştır. Mağdurlar, mağdur aileleri, insan hakları savunucuları ve sivil toplum kuruluşları, hakikat, adalet ve onarım taleplerini ve bu yöndeki mücadelelerini sabırla ve inatla sürdürmüşlerdir. Kıtada kurulan gayrı resmi hakikat komisyonları,

703 ADÖ, Genel Kurul İlke Kararı (General Assembly Resolution, "Right to the Truth"), AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06), 6.6.2006.

704 ADÖ, Hakikat Hakkı ("Right to Truth"), AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07)5.6.2007; Hakikat Hakkı ("El Derecho A la Verdad"), AG/RES. 2406 (XXXVIII-O/08), 3.6.2008; Hakikat Hakkı ("El Derecho A la Verdad"), AG/RES. 2509 (XXXIX-O/09), 4.6.2009.

705 AAİHK, Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu 1978 (Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1978), doc. 13 rev.1, OEA/Ser.L/V/II.47, 29.6.1979; Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu 1980-1981 (Annual Report of the Inter- American Commission on Human Rights 1980-1981), doc.9 rev.1, 16.10.1981; Arjantin'de İnsan Haklarının Durumuna Dair Rapor (Report on the Situation of Human Rights in Argentina), OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 11.4.1980.

706 AAİHK, Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu 1985-1986 (Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1985-1986), OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8, rev. 1, 26.9.1986, s. 205.

sivil araştırma ve arşivleme çalışmaları ve sivil girişimlerin yayınladığı raporlar, sonrasında resmi hakikat komisyonları tarafından da bilgi kaynağı olarak kullanılmıştır.[707]

Raporun sonuç ve tavsiyeler bölümünde Komisyon, hakikat hakkının kaynağını, uluslararası insan hakları belgeleriyle tanınmış olan bir dizi hakta bulduğunu vurgulamış ve hakikat hakkının güvenceye alınmasının, esasen ağır insan hakları ihlallerinin ardından kademeli olarak hayata geçirilecek yargısal mekanizmalara bağlı olduğunu ifade etmiştir. Hakikat hakkının güvenceye alınması aynı zamanda, ihlallerin aydınlatılmasını, mağdurlara onarım sağlanmasını ve demokratik kurumları güçlendirmeyi amaçlayan bir dizi siyasi ve hukuki tedbirin alınmasını da gerektirir. Komisyon her halükârda bu girişimler sırasında, mağdurların, mağdur ailelerinin, insan hakları savunucularının, sivil toplum kuruluşlarının ve kamuoyunun katılımının ve işbirliğinin çok önemli olduğunun altını çizmiştir.[708]

X.4.c. Avrupa Bölgesel Örgütleri Kararlarında Hakikat Hakkı

Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin çeşitli siyasi organları da, ağır insan hakları ihlali mağdurlarının hakikati öğrenme hakkını inceledikleri kararlar vermişlerdir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) ilk kez, Kıbrıs'taki sığınmacılar ve kayıp kişileri ele aldığı tavsiye kararında, kayıp kişilerin ailelerinin, yakınlarının akıbeti hakkındaki hakikati bilme hakkına sahip olduklarını kabul etmiş ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ni de, kayıp kişilerin akıbetinin aydınlatılmasına yönelik her tür çabayı desteklemeye çağırmıştır.[709]

AKPM 2013 yılında, "*Avrupa'nın çatışmalarında kayıp kişiler: İnsani cevaplar bulmaya doğru giden uzun yol*" başlıklı bir ilke kararı yayınlamıştır. Meclis özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kıbrıs'ta, Türkiye'de, Eski Yugoslavya'da ve Çeçenistan'da yaşanan kayıplarla ilgili verdiği kararlarla, devletlerin kayıp vakalarını soruşturma ve aydınlatma yükümlülüğünü açık bir şekilde kabul ettiğinin altını çizmiştir. Bu kararlar incelendiğinde, Mahkeme'nin Devletleri, yakınlarının akıbeti hakkındaki hakikati ortaya çıkarma ve bu hakikati kayıp aileleriyle paylaşma sürecini hızlandırmaya zorladığı görülür.[710] Meclis, kayıp kişiler sorununu ele almaya yönelik gerekli yasal çerçevenin geliştirilmesi ve güçlendirilmesi tavsiyesinde Üye Devletlere, hakikat hakkının normatif güvenceye kavuşturulması çağrısını şöyle dile getirmiştir: "*Hakikati bilme hakkı ulusal mevzuatta tanınmalı ve kayıp kişilerin ailelerinin etkili bir soruşturma yürütülmesi ve hakikati öğrenme haklarının sistematik inkârı yetkililer tarafından bir suç olarak cezalandırılmalıdır.*"

Avrupa Birliği Konseyi ise, Birliğe Üye Devletlerde geçiş dönemi adaletini desteklemeye yönelik bir politika çerçevesi belirlemiştir. Bu çerçeve belgede, geçiş dönemi adaletinin önemli bir unsuru olan hakikat hakkı da ele alınmış; faillerin kimliğini, hak ihlallerinin hangi koşullarda, hangi gerekçelerle işlendiğini ve ihlal oluşturan olgulara dair gerçeği bilmenin, bireyler için olduğu kadar, toplum için de taşıdığı önem vurgulanmıştır. Avrupa Birliği bu doğrultuda, ağır insan hakları ihlallerinin yaşandığı Üye Devletlerde hakikat arayışına yönelik girişimleri desteklediğini; hakikat komisyonları ile mağdur grupları ve sivil toplum arasındaki yakın işbirliğini teşvik ettiğini belirtir. [711]

---

707 Bkz.: AAİHK, Hakikat Hakkı ("The Right to Truth"), op. cit, Bölüm III.

708 Ibid., para. 216.

709 AKPM, Tavsiye Kararı 1056 (1987), "Kıbrıs'ta Ulusal Mülteciler ve Kayıp Kişiler" ("National Refugees and Missing Persons in Cyprus"), 5.5.1987, para. 17-18.

710 AKPM, İlke Kararı 1956 (2013), Avrupa'nın Çatışmalarında Kayıp Kişiler: İnsani Cevaplar Bulmaya Doğru Giden Uzun Yol ("Missing Persons from Europe's Conflicts: the Long Road to Finding Humanitarian Answers"), 3.10.2013. Bkz. ayrıca: AKPM, İlke Kararı 1414 (2004), Balkanlar'daki Silahlı Çatışmalar ve İç Şiddet Sonucunda Akıbeti Bilinmeyen Kişiler ("Persons Unaccounted for as a Result of Armed Conflicts or Internal Violence in the Balkans"), 23.11.2004.

711 Avrupa Birliği'nin Geçiş Dönemi Adaletini Desteklemeye Yönelik Politika Çerçevesi (The EU's Policy Framework on Support to Transitional Justice), SWD (2015) 158, 16.11.2015.

X.4.d. Afrika Birliği Örgütü Belgelerinde Hakikat Hakkı

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun (AİHHK) adil yargılanma hakkına ilişkin yayınladığı temel ilkeler ve yönlendirici esaslar içinde yer verdiği etkili giderim yolu kapsamında, bu hakkın içerdiği unsurlar arasında, "*ihlallere ilişkin olgusal bilgiye erişim hakkı*" da sayılmıştır. Böylece, insan hakları ihlallerine ilişkin gerçeği öğrenmek, adalete erişim ve uğranan zarar için onarım elde etmeyle birlikte, mağdurların sahip olduğu etkili giderim hakkının bir unsuru olarak kabul edilmiştir.[712] Komisyon 20 Nisan 2016 tarihinde kabul ettiği, "Afrika'da Cezasızlıkla Mücadeleye İlişkin İlke Kararı"nda devletleri, ciddi insan hakları ihlallerini soruşturma ve faillerin hesap vermesini sağlama yükümlülüklerine uymaya davet etmiştir. Ayrıca Komisyon bu kararda devletleri, *"ciddi insan hakları ihlallerinin ve uluslararası suçların mağdurlarının sahip olduğu adalet, hakikat ve onarım haklarını güvenceye almak için gerekli yasaları, politikaları ve mekanizmaları yürürlüğe koymaya"* teşvik ettiğini açıklamıştır.[713] Genel Kurul tarafından kabul edilen bu İlkeler hakikat hakkını, ağır insan hakları ihlali mağdurlarının onarım hakkının bir parçası olarak ele alır ve tanımlar.

Komisyon 2017 yılında Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 5. maddesiyle ilgili bir Genel Yorum yayınlamıştır. Bu yorumda kötü muamele yasağının ihlalinin adil tazmininin, hakikat hakkını, hakikatin tam ve kamusal olarak açığa çıkarılmasını ve devletin sorumluluğunu kabul etmesini de kapsadığını vurgulamıştır.[714]

X.5. Uluslararası İnsan Hakları İçtihadında Hakikat Hakkı

Hakikat hakkının kapsamını, içeriğini ve sınırlarını tanımlayan ve ona normatif içeriğini ve bağlayıcı gücünü kazandıran, uluslararası insan hakları denetim mekanizmalarıdır. Her biri kendi ait olduğu insan hakları sistemi içinde, devletlerin eylem ve kararlarının taraf oldukları insan hakları sözleşmelerine uygunluğunu denetlemekle görevli olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu* ve *Mahkemesi* ile *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*, önlerine gelen, yaşama hakkı, vücut bütünlüğüne ve insan onuruna saygı, adil yargılanma, etkili başvuru hakkı ve ifade özgürlüğü ihlali iddialarını ele alırken hakikat hakkını tartışmışlar ve farklı normatif dayanaklar temelinde güvenceye almışlardır.

X.5.a. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarında "Bilme Hakkı"

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHUS)'nin denetim organı olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Sözleşme'nin taraf Devletlerce uygulanmasını izlemek ve denetlemekle görevlidir. Komite'nin önüne, dünyanın farklı ülkelerinde yaşanan zorla kaybetme ve yargısız infazları konu alan pek çok başvuru gelmiştir. Komite bu başvurularda, uzun yıllar yakınlarının akıbetinden habersiz bırakılan aile fertlerinin hakikati öğrenemeden geçirdikleri uzun bekleyiş nedeniyle mağdur edildiklerine ve aile fertlerinin, kayıp kişinin haklarından bağımsız olarak, bizzat Sözleşme'de düzenlenen kendi haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.

712 AİHHK, Afrika'da Adil Yargılanma Hakkı ve Adli Yardıma İlişkin İlk eve Rehber İlkeler ("Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa"), DOC/OS(XXX)24723.10.2002, s. 5, C (b).

713 AİHHK, Afrika'da Cezasızlıkla Mücadeleye İlişkin İlke Karar (Resolution on the Fight Against Impunity in Africa), ACHPR/Res. 344(LVIII), 20.04.2016, ii .

714 AİHHK, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 5. Maddesi Hakkında 4 No'lu Genel Yorum: İşkence ve Diğer Zalimâne, İnsanlık dışı ve Aşağılayıcı Ceza ya da Muamele Mağdurlarının Giderim Hakkı ("General Comment no 4 on Article 5 of the African Charter on Human and Peoples' Rights: the Right to Redress for Victims of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Punishment or Treatment (Article 5), ACmHPR (2017).

BM İnsan Hakları Komitesi hakikati bilme hakkını, zorla kaybetme[715] ve gizli yasadışı infaz[716] mağdurlarının ailelerinin çektiği psikolojik ıstırabı sona erdirmek için bir onarım yolu olarak kabul etmektedir. Komite, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne taraf bir Devletin "*etkili bir başvuru yolu sağlama*" yükümlülüğünü yerine getirmek için, "*insan hakkı ihlalleri mağdurlarının, ihlali oluşturan eylemlere ve ihlali kimin gerçekleştirdiğine ilişkin hakikate ulaşmasını sağlaması'*[717] gerektiğini vurgulamış; ayrıca ölüm veya zorla kaybetme söz konusu ise, cesedin gömüldüğü yeri devletin tespit etmesi ve açıklaması gerektiğini kabul etmiştir.[718]

Quinteros v. Uruguay başvurusunda[719] Komite, kızı işkence altında kaybedilen bir annenin bu sebeple yaşadığı kaygı ve üzüntünün, kızının başına gelenlere ve akıbetine ilişkin süregiden belirsizliğin bizatihi işkence ve kötü muamele yasağının ihlali olduğuna karar vermiş ve başvurucunun kızına ne olduğunu bilme hakkına sahip olduğunu vurgulamıştır.[720] Konuyla ilgili tam bir soruşturma yürütme yükümlülüğü bulunan Uruguay Devleti, başvurucunun kızının başına ne geldiğini ortaya çıkarmak ve kaybetme ve işkenceden sorumlu olanların adalet önüne çıkarılmasını sağlamak zorundadır.

İnsan Hakları Komitesi hakikat hakkını, aynı şekilde devlet tarafından gizlilik içinde infaz edilen kişilerle ilgili başvurularda da tanımıştır. Oğlu başvuru sırasında cezaevinde olan ve hakkında verilen idam cezasının icrasını bekleyen Maryam Khalilova'nın, oğlu adına Tacikistan'a karşı yaptığı başvuruda Komite, aile fertlerinin bilme hakkının ihlal edildiğini bir kez daha vurgulamış; Devletin başvurucuyu oğlunun idamından haberdar etmemesinin, başvurucu bakımından Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesine aykırı olarak insanlık dışı muamele oluşturduğuna karar vermiştir. Komite'ye göre, bir zorla kaybetme veya gizli infaz mağdurunun yakınının maruz kaldığı ıstırap ve belirsizlik, süregiden bir biçimde insanlıkdışı muamele oluşturur. Bu durumda Devletin başvurucuya sunması gereken etkili giderim, başvurucunun oğlunun gömülü olduğu yere dair bilgiyi ve maruz kaldığı ıstırap nedeniyle tazminatı da içermelidir. Devlet aynı zamanda benzer ihlalleri de önleme yükümlülüğü altındadır. [721]

X.5.b. Amerikalılar arası İnsan Hakları Denetim Organları Kararlarında Hakikat Hakkı

Hakikat hakkı İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nde açıkça tanınmış bir hak olmamasına rağmen, Sözleşme'nin denetim organlarının geliştirdiği içtihat aracılığıyla açıkça tanınmış ve kademeli olarak güvenceye alınmıştır.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, hakikat hakkını ilk olarak, mağdurların ve mağdur yakınlarının adalete erişim hakkı çerçevesinde tanımıştır. Mahkeme'nin bu konudaki *Bámaca Velásquez v. Venezuela* ilke kararında, hakikat hakkı mağdurun veya mağdur yakınının, yetkili devlet organlarından soruşturma ve kovuşturma aracılığıyla ihlal oluşturan olaylara ve bu olaylardaki sorumluluğa dair aydınlatma elde etme hakkı olarak dile geti-

715 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *R.A.V.N et al. v. Arjantin,* No. 343, 344, 345/1988, (1990)*; S.E. v. Arjantin*, No. 275/1988 (2000); *Sarma v. Sri Lanka;* No. 950/2000 (2003); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Uruguay Hakkındaki Sonuç Gözlemleri (Concluding Observations: Uruguay), UN Doc. CCPR/C/79/Add.90 6.4.1998.

716 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Lyashkevich v. Belarus,* No. 887/1999, (2003).

717 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Guatemala Hakkındaki Sonuç Gözlemleri (Concluding Observations of the Human Rights Committee: Guatemala), UN Doc. CCPR/C/79/Add.63, para. 25., 1996.

718 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Valichon Aliboev v. Tacikistan*, No. 985/2001 (2005).

719 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Maria del Carmen Almeida de Quinteros v. Uruguay*, No. 40 (A/38/40) at 216 (1983).

720 Ibid., para. 14. Bkz. aynı yönde: BM İnsan Hakları Komitesi, *Khalilova v. Tacikistan,* No. 973 (2005).

721 BM İnsan Hakları Komitesi, *Khalilova v. Tajikistan*; İnsan Hakları Komitesi'nin aynı yönde: *Valichon Aliboev v. Tacikistan*, § 9/2.

rilmiştir. Mahkeme'ye göre mağdur yakınlarının sahip olduğu hakikat hakkının dayanağı, İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 8. maddesi ve etkili yargısal başvuru hakkını düzenleyen 25. maddesidir.[722] Mahkeme'ye göre : "*Hakikati bilme hakkı mağdurun veya mağdurun yakın akrabalarının, ilgili devletin yetkililerinin ihlalleri oluşturan olaylara dair hakikati açığa çıkarmalarını ve uygun soruşturma ve kovuşturma aracılığıyla olaylarla ilgili sorumluluğu tespit etmelerini isteme hakkının içinde mevcuttur.*"[723]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Latin Amerika ülkelerinde askeri diktatörlükler eliyle işlenen suçların yargılanmasını ve cezalandırılmasını önlemek amacıyla çıkarılan af yasalarının da mağdurları ve onların yakınlarını, yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından dinlenilme hakkından mahrum bıraktığını; ihlalleri onaracak, etkili ve yeterli bir hukuk yoluna başvurmaktan ve hakikati öğrenmekten alıkoyduğunu ifade etmiştir. Af düzenlemeleri içeren bu tür yasalar, soruşturmanın ve adalete erişimin önünü keserek insan hakları ihlalleri faillerinin tespit edilmesini imkânsız kılmak; mağdurların ve onların yakınlarının hakikati öğrenmelerini ve onarım elde etmelerini engellemek suretiyle, mağdurun yakınlarının yargısal korunma ve etkili bir başvuru yolundan yararlanma haklarını ihlal etmektedir.[724]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi hakikat hakkını, esas olarak ceza adaleti vasıtasıyla, maddi gerçeğin yargısal yollarla açığa çıkarılması ve faillerin tespit edilmesiyle tesis edilecek bir hak olarak ele almaktadır. Mahkeme, bir kişinin öldürüldükten sonra cenazesinin nerede tutulduğuna ilişkin bilginin gizlenmesini ya da cenazenin aileye verilmemesini veya yerini tespit etmek üzere mezar kazılarının engellenmesini, geciktirilmesini yahut sürüncemede bırakılmasını da zalimane, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelemekte ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesine aykırı görmektedir. Mahkeme'ye göre, kaybedilenin başına gelenlere ve cesedinin bulunduğu yere dair hakikatin öğrenilmesi, bu muamelenin ortadan kaldırılmasına yönelik başlı başına bir onarım oluşturmaktadır.[725]

Buna göre Devlet, kaybedilenin akıbetine yönelik bilginin gizlenmesiyle ortaya çıkan ihlali ortadan kaldırmak üzere, bir onarım tedbiri olarak mağdurun cenazesinin nerede olduğunu tespit etmek, cenazeyi mağdurun yakınlarına teslim etmek, ayrıca bu yönde attığı adımlardan da aileyi düzenli olarak, ayrıntılı biçimde bilgilendirmek zorundadır.[726] Şu halde, zorla kaybedilen kişinin nerede bulunduğunun öğrenilmesi başlı başına bir adalet edimi ve bir onarım biçimidir; zira bir kişinin na'şı, yakınları tarafından saygıyla davranılmayı ve uygun bir biçimde gömülmeyi hak etmektedir.. Söz konusu edim, bu anlamda mağdurların onurlandırılmasını sağlar.[727]

Amerikalılar arası insan hakları denetim mekanizmaları, hakikat hakkının öznesinin sadece mağdurlar ve mağdur yakınları değil; aynı zamanda *"bir bütün olarak toplum"* olduğunu kabul etmiştir. Komisyon çok erken tarihli raporunda, hakikat hakkının öznesinin sadece mağdurlar ve onların aile fertleri değil; aynı zamanda tüm toplum olduğunu ifade etmiş-

722 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Seri C 91 (2002). Bkz. aynı yönde: *Barrios Altos v. Peru*, 2001, Seri C No. 75, (2001).

723 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Blanco Romero v. Venezuela*, Seri C No. 134 (2005), § 62.

724 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Almonacid-Arellano et al v. Şili*, Ser. C No. 154, (2006), §§ 126-127; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Gelman v. Uruguay*, Ser. C No. 221, (2011).

725 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Trujillo-Oroza v. Bolivya,* Onarımlar, Seri C No. 92 (2002), para. 114; *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, (Giderim), § 76.

726 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *"White Van" (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala*, (Giderim), Ser. C no. 76, 25.5.2001, § 204; *Gelman v. Uruguay*, § 243.

727 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Trujillo-Oroza v. Bolivya*, § 115.

tir. Komisyon'a göre: *"gelecekte benzer fiillerin tekrarını önlemek amacıyla, her toplum, geçmiş olaylar hakkında ve menfur suçların işlenmesine sebep olan saikler ve koşullar hakkındaki hakikati bilme şeklinde devredilemez bir hakka sahiptir."*[728]

Mahkeme de hakikat hakkını ilk kez açık bir biçimde tanıdığı *Bámaca Velasquez v. Guatemala* kararında, toplumun bir bütün olarak sahip olduğu hakikat hakkını, geçmişin kıyımlarını gün yüzüne çıkarmak ve tanımak suretiyle gelecekte aynı ihlallerin tekrarını önleme amacıyla bağlantılı olarak kabul etmiştir.[729] Mahkeme daha yakın tarihli içtihadında ise, hakikat hakkının kolektif yönünü daha net bir biçimde telaffuz etmeye başlamıştır. Ordu eliyle gerçekleştirilen bir katliamı konu alan *Moiwana Topluluğu v. Surinam* davasında Mahkeme şu tespiti yapmıştır: *"Ciddi insan hakları ihlalleri mağdurlarının aile fertleri de dahil olmak üzere, herkes hakikat hakkına sahiptir. Buna bağlı olarak, mağdurların aile fertleri ve bir bütün olarak toplum, bu tür ihlallerin gerçekleştiği koşullar hakkında bilgilendirilmelidir."*[730]

Mahkeme son olarak, adalete erişim ve yargısal korunma haklarının yanı sıra, hakikat hakkının aynı zamanda ifade özgürlüğünün bir unsuru olan bilgi edinme hakkıyla bağlantısını da vurgulamıştır.[731] Mahkeme *Gomes Lund v. Brezilya* kararında, Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 13. maddesinin ihlaline hükmederken şu tespitte bulunur: "*Bilhassa zorla kaybetmeler ve yargısız infazlar gibi ağır insan hakları ihlalleri davalarında, yaşananlara dair hakikati bilme hakkı söz konusu olduğunda, bilgi edinme hakkını güvenceye alabilmek için kamu gücünün iyi niyetle hareket etmesi ve söz konusu hakkın etkililiğini temin etmek amacıyla gerekli faaliyetleri titizlikle yürütmesi elzemdir."*[732]

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı incelendiğinde, hakikat hakkının İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nde düzenlenen maddi haklar temelinde tanındığı görülür. Mahkeme'nin özellikle son yirmi yılda gelişen içtihadı, zorla kaybetme, yargısız ve faili meçhul infaz, işkence gibi ağır insan hakları ihlalleri ve insanlığa karsı suçları kapsayacak şekilde, hakikat hakkına bireysel ve kolektif boyutlarıyla normatif etkinlik kazandırmıştır.

Mahkeme hakikat hakkını, her şeyden önce yargısal usullerle güvenceye alınması gereken bir hak olarak tanımaktadır. Buna göre Devletler hakikat hakkını, ağır insan hakları ihlalleri hakkında etkili bir ceza soruşturması ve yargılaması yürütmek suretiyle hayata geçirmelidirler. Nitekim Mahkeme, yukarıda da ayrıntılı olarak ele alındığı gibi, ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda, pek çok Latin Amerika ülkesinde yürürlüğe koyulan af yasalarının kesin surette geçersiz olduğunu dile getirmiş; bu düzenlemelerin mağdurların hakikat ve adalete erişim haklarını ihlal ettikleri için Sözleşme'ye aykırı olduğuna karar vermiştir.

X.5.c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakikat Hakkı

Her ne kadar hakikat hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça tanınmış bir hak olmasa da, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, tıpkı Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi gibi, zorla kaybetme, yargısız infaz, faili meçhul ve işkenceyle ilgili önüne gelen başvurularda, bilhassa zorla kaybetmeyle ilgili başvurularda, Sözleşme'nin yaşama hakkını düzenleyen 2. ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddeleri kapsamındaki

728 AAİHK, Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu 1985-1986 (Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1985-1986), op. cit., Bölüm V.

729 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Bámaca Velásquez v. Guatemala, (Giderim), § 77.

730 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Moiwana Topluluğu v. Surinam, Ser. C No: 124, (2005), § 216; Bkz. aynı yönde: Mack Chang v. Guatemala, Ser. C No. 101, (2003), § 274: "*Toplum, bir bütün olarak ağır ihlallerle ilgili yaşanan her şey hakkında bilgilendirilmelidir.*"

731 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia) v. Brezilya, Ser. C No: 219 (2010), § 184.

732 Ibid., § 211.

usul yükümlülüğü ile 13. maddede düzenlenen etkili başvuru hakkıyla bağlantı kurarak, mağdurların ve mağdur yakınlarının hakikati öğrenmeye yönelik menfaatlerini güvenceye almıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi mağdur yakınlarının hakikati bilme haklarına, 2 ve 3. madde kapsamında devletin etkili soruşturma yükümlülüğü ile 3. maddede korunan insanlık dışı muamele yasağı temelinde koruma sağlamıştır. Bilhassa önüne gelen zorla kaybetme başvurularında, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını izleyerek, mağdurların ailelerinin ve yakın akrabalarının yaşadığı belirsizliği, adalete erişimden mahrum kalmanın yarattığı acı ve ıstırabı Sözleşme'nin işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddesi kapsamında ele almıştır.[733]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi daha yakın tarihli kararlarında ise hakikat hakkını açıkça zikrederek, etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğünün bu hak için taşıdığı önemi vurgulamıştır. Çeçenya'da yaşanan zorla kaybetmeleri konu alan *Aslakhanova ve Diğerleri v. Rusya* başvurusunda Mahkeme, kaybedilen kişilerin yakınlarının hakikat hakkını açıkça zikrederek, zorla kaybetmeyle ilgili uluslararası hukuk belgeleri arasında, hakikat hakkını açıkça tanıyan Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi kararına ve BM Kayıplar Sözleşmesi'nin 24. maddesine atıfta bulunmuştur.[734]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Büyük Dairesi, Amerika Birleşik Devletleri Merkezi İstihbarat Birimi (CIA)'nin pek çok Avrupa ülkesiyle işbirliği içinde terör şüphelilerine yönelik sıkça kullandığı bir usul olan olağanüstü nakillerle ilgili *El-Masri v. Makedonya* kararında ise, başvurucunun işkence altında hukuka aykırı biçimde alıkonulduğu iddiaları hakkında etkili bir soruşturma yürütülmemesinin, mağdurun hakikat hakkını etkilediğinin altını çizmiştir: *"Mahkeme (...) mevcut davadaki soruşturmanın yetersizliğinin bir diğer yönüne, başvuruya ilişkin koşullar bakımından hakikat hakkı üzerindeki etkisine değinmek arzusundadır. Bununla bağlantılı olarak Mahkeme, mevcut davanın sadece başvurucu ve ailesi bakımından değil; aynı zamanda ne olduğunu bilme hakkına sahip olan benzer suçların diğer mağdurları ve genel kamuoyu için de taşıdığı büyük önemin altını çizer."*[735]

1989 yılında Bükreş'te yaşanan kitlesel protesto gösterilerine güç kullanılarak yapılan müdahale sırasında yaşanan kitlesel ölümler ve yaralanmalarla ilgili *Association 21 December ve Diğerleri v. Romanya* kararında ise İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, soruşturmaların Romanya toplumu için öneminin altını çizmiş ve hem mağdurların hem de bir bütün olarak toplumun hakikati bilme hakkının önemine dikkat çekmiştir. Mahkeme olaylar karşısında yetkililerin hareketsiz kalamayacaklarına ve sivillere yönelik şiddet ve baskı eylemlerinin faillerinin cezai sorumluluktan muaf tutulmalarına izin veremeyeceklerine karar vermiş-

733 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bir kayıp yakınının yaşadığı acı ve ıstırabın 3. madde kapsamında insanlık dışı muamele olarak değerlendirilebilmesi için bazı özel etkenlerin varlığını aramaktadır. Bu "özel etkenler" arasında, aile bağının yakınlık derecesi – bu bağlamda çocuk ve ebeveyn arasındaki bağın belirli bir ağırlığı olacaktır.-, ilişkiye özgü koşullar, kayıp yakınının olaylara ne ölçüde tanıklık ettiği, kayıp kişi hakkında bilgi elde etme girişimlerine aile üyesinin ne ölçüde katıldığı ve yetkili makamların bu girişimlere ne şekilde yanıt verdikleri gibi hususlar yer alır. Bu tür bir ihlalin temelinde, aile üyesinin kaybedilmiş olması olgusundan ziyade; yetkili makamların kendilerine bildirilen bu durum karşısında gösterdikleri tepki ve davranışlar yer alır. Bu açıdan Devlet makamlarının hakikati sürekli biçimde inkâr etmesi insanlık dışı muamele nitelemesinde belirleyici bir faktördür. Bkz.: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Timurtaş v. Türkiye*, [23531/94] (2000), § 96, *Taş v. Türkiye, [24396/94*] (2000); *Orhan v. Türkiye*, [25656/94] (2002), § 358; *Tanış ve Diğerleri v. Türkiye*, [65899/01] (2005), § 220-221; *Imakayeva v. Rusya*, [7615/02] (2006), § 164; *Er ve Diğerleri v. Türkiye,* [23016/04] (2012), § 95-96.

734 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *Aslakhanova ve Diğerleri v. Rusya,* [2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10] (2012), § 60-61.

735 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *El-Masri v Makedonya*, [39630/09] (2012), § 191.

tir.[736] Buna göre: "*Soruşturmalar, çok sayıda mağdurun ne yaşandığını bilme hakkı, etkili bir adli soruşturma ve tazminat elde edebilme hakkı için önemlidir.*" İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre ailelerin, yakınlarının ölümü ya da kaybedilmeleri hakkındaki hakikati bilme hakları, devletin etkili bir soruşturma yürütme şeklindeki pozitif yükümlülüğünün kapsamını belirler.

Bosna-Hersek'te savaş sırasında kaybolan kişilerle ilgili verdiği kararında ise Mahkeme, hakikat hakkının yaşama hakkı kadar önemli olduğunu vurgulamıştır: "*Mağdurların ve onların aileleri ile yakınlarının, kitlesel hak ihlallerine yol açan olayları çevreleyen koşullar hakkındaki hakikati bilme hakları, yaşama hakkı kadar asli bir öneme sahiptir.*"[737] Dolayısıyla zorla kaybetme mağdurlarının ve onların ailelerinin hakikat haklarının güvenceye alınması, devletin kayıp vakasını tüm yönleriyle birlikte etkili bir biçimde soruşturmasına bağlıdır.

X.5.d. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu ve Mahkemesi önünde Hakikat Hakkı

İşkence ve kötü muamele yasağı, tüm uluslararası insan hakları denetim organlarının kararlarında, kayıp yakınlarının hakikat hakkını tanımanın etkili bir aracına dönüşmüştür. *Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu*, bir kişiyi, ailesiyle herhangi bir temas kurmasına izin vermeden tutmanın ve aileyi kişinin alıkonulup konulmadığı ve alıkonuluyorsa nerede tutulduğu hakkında bilgilendirmeyi reddetmenin hem tutulan kişi hem de ailesi için insanlıkdışı muamele oluşturduğuna ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın kötü muameleyi yasaklayan 5. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.[738]

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi ise, bir gazetecinin öldürülmesiyle ilgili soruşturmanın gereken özen ve hızda yürütülmemesi nedeniyle Burkino Faso devletinin, Afrika Şartı'nın 7. maddesinde güvenceye alınan, kişinin davasının bir mahkeme önünde görülmesi hakkını, ayrıca Şartın 1. maddesinde düzenlenen, devletin hakları etkili kılma yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.[739]

Afrika bölgesel sisteminin insan hakları denetim mekanizmaları da hakikat hakkına, mağdur yakınları bakımından belirsizliğin yarattığı insanlık dışı muamele temelinde ve yaşama hakkı ihlalleri karşısında etkili bir başvuru yoluna sahip olma kapsamında tanıma sağlamaktadır.

X.6. Sonuç

Yukarıda aktarılan uluslararası insan hakları içtihadı ve insan hakları örgütlerinin kararlarıyla bugün hakikati bilme hakkı, hem ağır insan hakları ihlalleri mağdurlarının hem de genel olarak toplumun sahip olduğu temel bir hak olarak uluslararası hukukta tanınmaktadır. Hakikat hakkının bilhassa uluslararası yargı mercileri önünde giderek daha net tanımlanabilir bir normatif çerçeveye kavuştuğu söylenebilir. Uluslararası insan hakları denetim mekanizmaları hakikat hakkına, mevcut insan hakları sözleşmelerinde güvenceye alınan maddi ve usuli haklar temelinde hem bireysel hem de kolektif boyutuyla koruma sağlamaktadır. Mekanizmaların dinamik bir yorumla inşa ettiği ve halen gelişmeye devam eden bu koruma, çatışmalı ve otoriter geçmişlere dair hakikati açığa çıkarmak ve cezasızlığa son vermek için ulusal düzeyde mücadele eden toplumsal hareketler için önemli bir hukuki araç sunmaktadır.

---

736 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Association 21 December v Romanya,* [33810/07 18817/08] (2011), §§ 142, 144 ve 194.

737 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Lejla Fazlić ve Diğerleri v. Bosna Hersek*, No. 66758/09 66762/09 7965/10 9149/10 12451/10 (2014), § 38.

738 AİHHK, *Amnesty International v. Sudan*, No. 48/90, 50/91, 52/91, 89/93, 54 (1999).

739 AİHHM, *Late Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema alias Abiasse, Ernest Zongo ve Blaise Ilboudo'nın Mirasçıları ve Burkina İnsan ve Halkların Hakları Hareketi v. Burkina Faso*, No. 013/2011 (2011).

BÖLÜM 3

TÜRKİYE'NİN CEZASIZLIKLA MÜCADELESİ

MODÜL XI

TÜRKİYE'DE CEZASIZLIKLA MÜCADELENİN KISA TARİHİ VE SİMGE DAVALAR

HAZIRLIK SORULARI

- Tükiye'nin yakın tarihine damga vurmuş ağır insan hakları ihlalleri vakaları nelerdir?
- Türkiye'de insan hakları hareketi hangi koşullarda ve nasıl bir gelişim izlemiştir?
- Türkiye'nin yakın geçmişteki ve bugünkü cezasızlık sorununun sebepleri nelerdir?
- Türkiye'de cezasızlık pratiği nasıl ve hangi görünüm biçimlerine sahiptir?
- Cezasızlıkla mücadelede önem arz eden davaların ortak noktaları nelerdir?

MODÜL XI:

Türkiye'de cezasızlıkla mücadele[740]

"Devletin, söz konusu çağda kat ettiği yol düşünüldüğünde, daha önceki siyasal birlik formlarına kıyasla tarihin hiçbir döneminde bu denli gelişmediği, dünyayı bu ölçüde "fethetmeyi" başaramadığı, hiçbir zaman böylesine çoğalmadığı, güç toplamadığı ve insan yaşamının her yönüne bu derece karışma olanağı bulamadığı ileri sürülebilir." [741]

XI.1. Devletin şiddet kullanma tekeli

Modern devlet, öncüllerine oranla son derece karmaşık, gelişmiş, ayrıntılı bir siyasal organizmayı ifade ediyor. İktidarı elinde tutan sınıflar, tarih boyunca bugünkü kadar güçlü bir organizasyona sahip olabilmeyi amaçlamıştır. Modern devletin bu güçlü kurumsallığının dayanağı rızaya dayandırılan zordur; başka bir ifadeyle şiddetin meşru hale getirilmesidir. Zor unsuruna yer vermeksizin girişilen devleti tanımlama ve açıklama çabaları eksik kalacaktır. Tarihte, ele geçirmenin, köleleştirmenin, soymanın, öldürmenin, kısacası zorun büyük rol oynadığı herkesçe bilinmektedir.[742] İşte modern devletin, öncüllerine kıyasla bu güçlü kurumsallığının nedeni şiddetine meşruiyet kazandırmasıdır.

Devleti, "*belli bir bölge içinde fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde bulunduran insan topluluğu*"[743] olarak tanımlayan Weber'in aksine Engels: "*görünüşte toplumun üstünde yer alan çatışmayı hafifletmesi, 'düzen' sınırları içinde tutması gereken bir güç gereksinmesi kendini kabul ettirir; işte toplumdan doğan, ama onun üstünde yer alan ve gitgide ona yabancılaşan bu güç devlettir*"[744] diyerek şiddetin gerekliliği konusunda yönetilenlerin yanlış yönlendirildiğini ileri sürer.

Bugünün penceresinden baktığımızda, kuramsal tartışmalar içerisinde nerede durduğumuzdan ve hangi yaklaşımlara sahip olduğumuzdan bağımsız olarak devletlerin genelin iyiliği adına şiddet kullanma yetkisine sahip olduğuna ve bu yetkisini belirli kurallar dahilinde silahlı güçleri eliyle kullandığına kimse itiraz etmeyecektir. Toplumun, sınırlarını, koşullarını ve ağırlığını bilmek kaydıyla bireyi, birey gruplarını ve giderek toplumun genelini hizaya çeken bu şiddete razı olduğu varsayılır. Örneğin bir şüphelinin zor kullanılarak gözaltına alınmasına suçun ve düzensizliğin önlenmesi adına toplum oluşturduğu yazılı yasalar üzerinden rıza göstermektedir; ancak kayıt dışı gözaltına alınmak bu rızanın kapsamı dışındadır. Toplumun rızası, bir şüphelinin ancak kimliği belirlenebilir kamu görevlilerince gözaltına alınması ile sınırlıdır. Rızanın ve şiddetin sınırlarını günümüz dünyasında asıl olarak uluslararası insan hakları hukuku çizer, yargı organları ve sivil toplum tarafından denetlenir.

Türkiye bakımından Devletin şiddet tekelini kullanım biçimlerinde her zaman meşruiyet ve hukuk sınırlarında kalarak toplumsal uzlaşıya yaslanılabilir bir rıza üretme anlayışı ve ihtiyacı içinde olduğuna dair fazla bir gösterge bulmak, ultra milliyetçi, ırkçı ve otoriter yapıların Devlet içindeki varlıklarına son verilmediği sürece güç görünmektedir. Devletin şiddet

740 Bu modül, Av. Furkan Açıkgöz tarafından hazırlanmıştır.

741 Jacques Mourgeon, "*İnsan Hakları*", İletişim Yayınları, İstanbul – 1990, s. 13.

742 Karl Marks, "*Kapital I*", Çev. Alaattin Bilgi, Sol Yayınları, Ankara, 1986, s. 730.

743 Max Weber, "*Sosyoloji Yazıları*", İletişim yay., Çev. Taha Parla, 1. bası, İstanbul 1996, s.132

744 F. Engels, "*Ailenin, Devletin ve Özel Mülkiyetin Kökeni*", Seçme yapıtlar cilt 3, çev. Kenan Somer, Ankara, Sol Yayınları, s. 398

tekelini, meşruiyet ve hukuka bağlılık üzerinden kullanmasının bir türlü sağlanamaması, öte yandan Devletin şiddet pratiklerinin yargı ve sivil toplum tarafından denetlenmesindeki başarısızlık, cezasızlık pratiklerindeki kronik sürekliliğin bir türlü kırılamaması sonucunu doğurmaktadır. Aşağıda Türkiye'deki cezasızlık pratiklerindeki kronik seyrin temel uğrakları gözler önüne serilmeye çalışılacaktır.

XI.2. Yakın Dönem Türkiye'sinde Devlet şiddetinin Tarihi

Bu başlık altında şiddet vakalarının tastamam kronolojik sıralanmasından ziyade; cezasızlık politikalarının şiddeti sürekli kılma sonucu bakımından yakın siyasal geçmişten bazı örneklere kısaca değinilecektir.

XI.2.a. 1980 öncesine Kısa Bir Bakış

XI.2.a.i. Jön Türk Dönemi

İkinci Meşrutiyet'in ilanı ile birlikte İttihat ve Terakkiciler iktidarı fiilen devralmış ve Demokrat Parti hükümeti kurulana dek elinde tutmuştur. İktidarı sağlamlaştırma adına başta Ahrar Fırkası mensupları olmak üzere tüm muhaliflerle ciddi kavgaya tutuşulmuştur. Enver Paşa tarafından idare edilen "Fedailer"[745] isimli grup siyasi cinayetler işlenmesi dahil olmak üzere "karanlık işleri" yürütüyordu. Bu grup daha sonra *Teşkilat-ı Mahsusa* adıyla resmileşecektir.

Osmanlı 1914'te Almanların yanında savaşa girdi. Doğu Anadolu'da yaşayan Ermeniler, Ruslarla işbirliği yaptıkları/yapacakları gerekçesiyle göçe zorlandı ve kırıma uğradı. Ölüm sayısı hakkında çok tartışma olmakla beraber en çok kabul gören sayı 1,5 milyondur. Birçok araştırmaya göre, Ermeni kırımının ardında Teşkilat-ı Mahsusa ile İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin önde gelen yöneticileri vardır.[746] Cezasızlık çalışmaları bakımından bildiğimiz Türkiye pratiğiyle uyumsuz bir şekilde, Ermeni kırımına ilişkin yargılamalar yapılmıştır. İngilizler'in zoruyla da olsa Osmanlı Devleti'nin gerçekleştirdiği bu yargılamalar son derece önemlidir. 1915 ve 1916 yıllarındaki eylemleri nedeniyle "*tehcir sırasında yetkisini kötüye kullanan*" toplam 1.673 asker, memur ve sivil 1918 Aralık ayında İstanbul'da kurulan *Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi* (*Divan-ı Harb-i Örfi*) tarafından yargılanmış; yargılamalar sonunda içlerinden 67'si idam olmak üzere toplamda 659 kişi cezalandırılmıştır.[747]

13 Haziran 1930 günü Cumhuriyet Gazetesi, "*Temizlik Başladı: Zeylan deresindekiler tamamen imha edildi*" başlığıyla çıktı. 44 köy ateşe verildi. Büyük bölümü silahsız köylülerden oluşan 15 bin kadar insan Zilan Deresi'nde öldürüldü. Yaşananlara ilişkin olarak İsmet İnönü şu sözleri söylemiştir: *"Bu ülkede sadece Türk ulusu etnik ve ırksal haklar talep etme hakkına sahiptir. Başka hiç kimsenin böyle bir hakkı yoktur."*[748]

Marsis Kürkçügil'in NTV Tarih Dergisinin 2009 Aralık sayısında yayınlanan "*Dersim: Cumhuriyet Tarihinin En Büyük Kıyımı*" başlıklı makalesinde yer alan belgeye göre, Dersim'e gerçekleştirilen harekât sonucunda 13.160 kişi öldürüldü ve 11.818 kişi göçe zorlandı. Samimiyeti konusunda çok güvenilir bir örnek olmamakla birlikte geçmişle yüzleşme açısından tanıdık Türkiye pratiğinin aksine, yıllar sonra Dersim Katliamı için iki özür gelmiştir. Birincisi

745 Erik Jan Zürcher, "*Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*", İletişim Yayınları, İstanbul: 2000. s. 252.

746 Örn. Kevorkian Ermeni Soykırımı adlı araştırmasında konuya ilişkin birçok belgeye yer vermiştir. Aynı şekilde Vahakn Dardian da bu görüştedir.

747 22.04.2004 tarihli TBMM Genel Kurul Tutanağı. Ancak bu konuda farklı rakamlar söz konusudur; bkz. yukarıda Modül I, I.2.b sayılı başlık.

748 Milliyet Gazetesi, 31 Aralık 1930

dönemin Başbakanı Recep Tayyip Erdoğan'dan[749]; ikincisi ise CHP Genel Başkan Yardımcısı Sezgin Tanrıkulu'dan.[750]

Tarihçi Erik Jan Zürcher'in aşağıda yer alan sözleri Jön Türkler dönemini özetler niteliktedir:

> "İttihatçı dönemin de Kemalist dönemin de otoriter milliyetçi aşamaları, azınlık topluluklarının, ilkinde Ermenilerin ikincisinde Kürtlerin, acımasızca bastırılışlarına da sahne olmuştu."[751]

XI.2.a.ii. Demokrasi Sancısı

1950 seçimlerinden sonra CHP'nin 69 sandalyesine karşın 488 sandalye kazanan Demokrat Parti hükümeti kurulur. 27 yıllık tek parti iktidarının icraatlarıyla ilgili hesaplaşmaya girilmeyeceği (*devr-i sabık yapılmayacağı*) açıkça belirtilir. 50'li yılların ortalarına gelindiğinde Kıbrıs'ta yaşanan siyasal gerginliğin beraberinde gazetelerde Rumlara dönük nefret söylemleri yükselir. DP'ye yakın İstanbul Ekspres gazetesi 6 Eylül 1955 günü "*Atamızın Evi Bomba ile Hasara Uğradı*" başlığı ile çıkar ve ortalama 20 Bin tirajı olan gazete o gün 290 bin tiraj yapar. Trabzon, Sivas, Erzurum gibi şehirlerden kamyon sırtlarında binlerce insan İstanbul'a getirilmiştir. Kumkapı, Samatya ve Beyoğlu gibi Rumların yoğun yaşadığı yerlere saldırılar başlar. Aynı gazete 7 Eylül günü "*Türk Gençliğinin Büyük Heyecanı*" manşeti ile çıkacaktır. Rumlara, Ermenilere ve Yahudilere ait 5000'den fazla taşınmaz tahrip edilir, 73 Rum Kilisesi yakılır, 10'un üzerinde insan öldürülür ve yüzlerce kadın tecavüze uğrar. Polis olayları yatıştırmak yerine izlemeyi tercih etmiştir.[752]

Olayların ardından binlerce Rum Türkiye'yi terk etmek zorunda kalır. Olayların fitilini ateşleyen Atatürk'ün Selanik'teki evini bombalama işi de MAH[753] mensubu Oktay Engin'in işidir.[754] Oktay Engin daha sonra MİT ve Emniyet'te çalışacak hatta Nevşehir valiliği dahi yapacaktır. 6-7 Eylül 1955'te Başbakan yardımcılığı yapan Fuat Köprülü olaylar için daha sonra şu sözleri söyleyecektir:

> *"Hadiseler Fatin Rüştü Zorlu'nun ilhamı ile Menderes ve Gedik tarafından tertiplenmiştir. Ata'nın Selanik'teki evini Menderes bombalatmıştır. Meselenin tahkik edilmesini, mesullerini bir an evvel meydana çıkartılmasını istedikçe Menderes'in işi kapatmaya çalıştığını gördüm."* [755]

60'lı yıllar 61 Anayasasının sosyal ve siyasal haklar anlamında yarattığı görece genişleme ve özgürlük havasının ve dünyada yaşanan siyasal gelişmelerin beraberinde işçi ve öğrenci hareketinin yükselişine sahne oldu. Türkeş'in siyasete dönmesi ve Türkiye sağında milliyetçiğin etkinliğini artırmasıyla beraber sokak hareketliliği ve çatışmalar yükseldi. 71 muhtırası da siyasal krizi çözmeye yetmedi. 70'li yılların sonlarında çatışmalar tekrar yükseldi. Türkiye solu silahlanmış; 74-77 yılları arasında emniyet güçleri içerisinde aşırı sağcılar kadrolaşmış[756]; İslamcılar sokağa çıkmaya başlamıştı.

749 https://www.milliyet.com.tr/siyaset/erdogan-dersim-icin-ozur-diledi-1466430

750 https://www.hurriyet.com.tr/video/chp-den-tarihi-ozur-36099198

751 Erik Jan Zürcher, "*Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*", İletişim Yayınları, İstanbul: 2000. s. 252.

752 Erik Jan Zürcher, "*Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*", İletişim Yayınları, İstanbul: 2000. s. 336.

753 Milli Emniyet Hareketi; Genelkurmay Başkanlığına bağlı istihbarat örgütü.

754 E. Gürsoy Naskali, "*6-7 Eylül Olayları Davası*", Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 172.

755 Yeni Sabah, 5 Haziran 1960.

756 Erik Jan Zürcher, "*Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*", İletişim Yayınları, İstanbul: 2000. s. 383.

İşte **1977 yılı 1 Mayıs**'ına bu ortamda gidildi. Göstericilerin üzerine 4 ayrı noktadan ateş açıldı; panzerler meydanda insanları ezdi. Olayların sonunda 34 insan ölürken yüzlerce insan yaralanmıştı. Daha sonra yargılanan 98 kişi arasında hiç kamu görevlisi bulunmuyordu; dava yıllarca sürdü ve zamanaşımı ile kapatıldı.

16 Mart 1978: İstanbul Üniversitesi'nden çıkan sol görüşlü kalabalık bir öğrenci grubunun üzerine bomba atıldı ve otomatik silahlarla ateş açıldı. '16 Mart Katliamı' adı verilen olayda yedi öğrenci öldü, 47 kişi yaralandı. Saldırı aydınlatılamadı, üç kişinin yargılandığı dava 2008 yılında zamanaşımından düştü.

9 Ekim 1978: Ankara'da Bahçelievler semtinde Türkiye İşçi Partisi üyesi yedi öğrenci, Abdullah Çatlı ve Haluk Kırcı'nın da aralarında olduğu ülkücüler tarafından evlerinde öldürüldü. Kırcı 1999'da yakalanıp yargılandı ve hüküm giydi. Cezaevinden çıktıktan sonra verdiği röportajda, "O zaman gençtik; bizleri kullandılar" dedi.

19 Aralık: Kahramanmaraş'ta Çiçek Sineması'na bomba atılması olayının sol görüşlü gruplar tarafından gerçekleştirildiği haberinin yayılmasıyla ayaklanan sağcı ve ülkücü gruplar, sol partilerin ve derneklerin binalarına saldırdı. Kısa sürede karşılıklı çatışmaya dönen olaylar bir hafta sürdü. 100'den fazla vatandaşın öldüğü olaylarda Alevilere ait 200'ün üzerinde ev yakıldı, işyerleri tahrip edildi.

Şiddet olaylarının kontrolden çıkma nedeni olarak, güvenlik güçlerinin, saldırıların kendilerine yöneldiği iddiasıyla kentten çekilmesi gösterildi. Bu durum Aleviler üzerindeki baskının ve saldırıların artması anlamına geliyordu. Olaylar Kayseri ve Gaziantep'ten gönderilen askeri birliklerin müdahalesiyle bastırıldı.

Açılan dava 1991'e dek sürdü 357 kişi cezalandırıldı; ancak 1991 yılında çıkan Terörle Mücadele Kanunu uyarınca hükümlülerin hepsi serbest bırakıldı. Aralarından bazıları daha sonra milletvekili olacaktı.

Maraş Olaylarının ardından İstanbul ve Ankara dahil çok sayıda ilde sıkıyönetim ilan edilmiş, Başbakan Ecevit ise olayların kendisini, uzun süredir direndiği sıkıyönetim talebine zorlamak için kontrgerilla tarafından çıkarıldığını söylemişti. **26 Aralık 1978'de** 13 ilde daha sıkıyönetim ilan edildi.

Ardından **4 Temmuz 1980** tarihinde benzeri bir senaryo Çorum'da yaşandı ve resmi kayıtlara göre çıkan olaylarda çoğu Alevi yurttaşlar olmak üzere 57 kişi öldürüldü.

İşte bu ortamda 12 Eylül 1980 Askeri Darbesi geldi.

XI.2.b. Cezasızlığın hukukileşmesi; Türkiye'de 80'li yıllar

12 Eylül'ün bilançosu korkunçtu[757] ve toplumsal hafızada derin izler bıraktı. 2015 yılında hazırlanan bir raporun dayandığı araştırma kapsamında 1902 kişiden 20. yüzyılda Türkiye tarihinden bildiği ya da hatırladığı üç siyasi olayı ve bu olayın kendisine yaşattığı duyguları ifade etmesi istenmiştir. Katılımcılar en çok 12 Eylül cevabını vermiş ve bu cevabı verenlerin

757 12 Eylül İddianamesindeki rakamlara göre: 650 bin kişi gözaltına alındı; 1 milyon 68 bin kişi fişlendi; açılan 210 bin davada 230 bin kişi yargılandı; 517 kişiye idam cezası verildi; 50 kişi asılarak idam edildi; 98 bin 404 kişi örgüt üyesi olmak suçundan yargılandı; 30 bin kişi sakıncalı olduğu için işten atıldı; 14 bin kişi vatandaşlıktan çıkarıldı; 30 bin kişi mülteci olarak yurtdışına çıkmak zorunda kaldı; 300 kişi şüpheli bir biçimde öldürüldü; 171 kişi işkence sonucu öldürüldü; cezaevlerinde toplam 299 kişi intihar etti; 937 film yasaklandı; 23 bin 677 derneğin faaliyeti durduruldu; 3 bin 854 öğretmen, 120 öğretim üyesi ve 47 hakimin işine son verildi; 39 ton gazete ve dergi imha edildi.

%80'den fazlası 12 Eylül'ün kendisine acı, üzüntü, korku, öfke gibi duygular hissettirdiğini belirtmiştir.[758]

1982 Anayasası % 91 oranında bir oy ile kabul edildi. Yeni anayasa, 61 Anayasası gibi '*insan haklarına dayanmıyor*' (1961 Anayasası md.2) fakat '*saygı duymakla*' (1982 Anayasası md. 2) yetiniyordu. İnsan haklarına 'dayanmak' ve 'saygılı olmak' arasında yalnızca 'vurgu, etki, his' gibi farklılıklar olduğunu, özde bir fark olmadığını söyleyen çokça Anayasa hukukçusu bulunmaktadır. Ancak Mümtaz Soysal'ın konuya ilişkin görüşleri şu şekildedir;

> "1982 Anayasasıyla devletin 'insan haklarına dayanan devlet' olmaktan çıkıp 'insan haklarına saygılı devlet' durumuna gelmesi, özellikle Anayasa düzenindeki öbür değişikliklerle bir arada düşünüldüğünde, çok temel bir yaklaşım farkını anlatıyor. (...) Özgürlüğü ikinci plana iten ve otoriteye, yani devlet gücüne ön sırayı veren 1982 Anayasası, bireyle toplum arasında kesinlikle toplumu, insanla devlet arasında kesinlikle devleti tercih eden bir anayasadır."[759]

Burada, Anayasayı kaleme alanların sözcük kelime tercihi üzerine odaklanmaktaki asıl amaç, iki anayasanın, içerisinde oluştukları siyasal ortamların farklılıklarıdır. Zira yine Mümtaz Soysal'ın deyişiyle *anayasaları yaşatan içlerindeki sözcükler değil, dışarılarındaki hayattır*. Bu sebeple 1982 Anayasasından her bahsedildiğinde 12 Eylül'ü hatırlamak can sıkıcı ama faydalı olacaktır. Bu bağlamda, 1982 Anayasasının, '*dışarısında*' işlenen suçların *üzerini örtmek* gibi bir işlevi (geçici 15. Madde) de vardı ki bu konuya aşağıda 12 Eylül Davası başlığı altında değinilecektir.

XI.2.c. 90'lı yıllar: Zorla Kaybetmeler ve Yargısız ve Keyfi İnfazlar

80'li yılların sonunda Kürdistan İşçi Partisi'nin (PKK) Türkiye sınırları içerisindeki etkinliği artmaya; silahlı eylemleri sıklaşmaya başladı. 90'lı yılların başından itibaren Kürt Sorunu ve PKK, Ankara'nın birinci gündemi haline geldi.[760] Yoksul Kürt gençlerinin PKK'ye yoğun katılımı ve yerel halk tarafından örgütün sahiplenilmesi karşısında bölgede uzun yıllar OHAL rejimi hüküm sürdü, koruculuk sistemi devreye sokuldu, özel kuvvetler bölgeye konuşlandırıldı, kontrgerilla yapılanmalar ortaya çıktı.

Yapılan nüfus araştırmaları Kürtlerin çoğunlukla yaşadığı illerde nüfusun yüzde 10.9 ile 12.1'i göçe zorlandığı tahmininde bulunmaktadır. Bu oran bir milyon dolayında bir nüfusa karşılık gelmektedir.[761]

Yeni bir siyasal cinayet türü olarak zorla kaybetme (gözaltında kayıp) vakalarında büyük bir artış yaşandı. PKK'ye finans desteği sağladığı gerekçesiyle Kürt iş insanları hedef haline getirildi ve onlarcası zorla kaybedildi. Dönemin başbakanı Tansu Çiller "*PKK'nın haraç aldığı işadamları ve sanatçıların isimlerini biliyoruz, onlardan hesap soracağız*" demişti.[762] Resmi olmayan verilere göre 1980 ile 2001 yılları arasında 1353 kişi zorla kaybedildi ve bu vakalardan yalnızca 13 tanesi 1991 yılı öncesine ait.[763] Ağır insan hakları ihlallerinin bu denli fazlalığı karşısında bunlar içerisinden çok azı için yasal süreç işletildi. 363 kişinin zorla kaybedilmesi hakkında soruşturma açılırken bunların sadece 81 kişinin kaybedilmesiyle ilgili dava

758 https://birikimdergisi.com/guncel/10292/12-eylul-hafizalastirma-ve-bellek-siyaseti

759 Mümtaz Soysal, "*100 Soruda Anayasanın Anlamı*", Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 127

760 İbid., Zürcher, s. 436.

761 http://www.hips.hacettepe.edu.tr/tgyona/basin.pdf

762 https://www.haberler.com/kurt-isadamlarinin-olum-listesi-4419613-haberi/

763 Kolektif, Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu, Anadolu Kültür Yayınları, İstanbul, s. 15-17

açıldı.[764]

Kontrgerilla faaliyetlerinin hedefinde asker, polis veya bürokratlar da yer aldı. Eşref Bitlis, Adnan Kahveci, Cem Ersever gibi isimlerin şüpheli ölümleri hiçbir zaman aydınlatılmadı.

1993 yılında TBMM Faili Meçhul Siyasi Cinayetleri Araştırma Komisyonu kuruldu ve 1995 yılında bir rapor yayımladı. Siyasi partilerin mutabık olamaması üzerine rapor TBMM Genel Kurul'da görüşülmedi ve resmiyet kazanmadı. Buna rağmen rapor, devlet bağlantılı yasa dışı suç örgütlerinin varlığını kabul anlamına geliyordu.[765] 1996 yılında Şanlıurfa Milletvekili Sedat Bucak'a ait aracın Balıkesir'in Susurluk ilçesinde bir trafik kazasına karışmasıyla beraber, devletle onun gölgesinde faaliyet gösteren suç örgütleri arasındaki ilişki kamuoyunda daha fazla tartışılmaya başladı. Konunun araştırılması için mecliste komisyon kuruldu. Komisyonun hazırladığı rapor devletin yasa dışı yapılarla olan ilişkisini açık bir dille kabul etmekte ve önemli bilgilere yer vermekteydi:

> "Çıkar amaçlı yasadışı örgütlerin devletle ilişkileri vardır ve devletin içinde yasadışı örgütlenme oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu örgütlenme esas olarak, hukuk devletinden uzaklaşılmasından kaynaklanmıştır. 1982 Anayasası hukuk boşluğu ortaya çıkarmıştır. Bu kamu yöneticileri üzerinde sorumluluk oluşmamasına neden olmuştur. 1982 Anayasası'nın Geçici 15nci maddesi ile getirilen dönemin Milli Güvenlik Konseyi Üyelerinin her türlü hukuki ve cezai sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin düzenleme buna bir örnektir. Geçmiş iktidarlar dönemindeki 'Anayasayı bir kere delsek ne çıkar', 'Benim memurum işini bilir' şeklindeki hukuk dışı uygulamalara ilişkin sözler, kamu yöneticilerinin kendi başlarına hareket etmelerine yöneltmiştir. Köşeyi dön anlayışı yerleşmiştir."

Devletin gizli istihbarat örgütleri ile ilgili yapı bozuklukları vardır. Bu örgütler kendi asıl işleri yerine, operasyonlara ve başka işlere katıldıkları anlaşılmıştır. Bu nedenle, hukuk dışı faaliyetlere girişmelerinin denetlenmesinin zor olduğu ve kendi mevzuatlarına uyup uymadıkları dahi bilinememektedir. Mehmet EYMÜR'ün ifadesine göre, Devlet içinde dağılmış (*MİT, Genelkurmay İstihbarat, Polis İstihbarat, JİTEM gibi*) istihbarat örgütlerinin üzerlerinde demokratik kontrol mekanizmaları olmadığından, yaptıkları işlerin hukuka uygunluğu da denetlenememektedir.[766]

Susurluk Raporu'nun son bölümünde yasadışı faaliyetlere katılan güvenlik güçlerinin tespit edilmesi, şüpheli vakalar hakkında soruşturma yürütülmesi, yasadışı yapıların yok edilmesi gibi tavsiyeler yer alsa da raporda yer alan bilgi ve belgeler çok az soruşturmanın konusu olmuştur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi birçok kararında Susurluk Raporu'nda yer alan bilgilere başvurmuş;[767] buna karşın rapor içeriğindeki saptanan yapısal sorunlar Türk makamları tarafından suskunlukla geçiştirilmiştir.

Yıllar sonra açılan bazı soruşturma ve davalarda 90'lı yıllarda yaşanan zorla kaybetme, yargısız ve keyfi infaz, işkence gibi ağır insan hakları ihlallerine ilişkin birçok yeni bilgi, belge ve tanıklık ortaya çıkacaktır.

764 https://www.failibelli.org/peki-faili-kim/

765 https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem19/yil01/ss897.pdf

766 https://tr.wikisource.org/wiki/TBMM_Susurluk_Ara%C5%9Ft%C4%B1rma_Komisyonu Raporu /Genel_de%C4%9Ferlendirme

767 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Akkoç v. Türkiye* kararı, [22947/93], §39.

XI.2.d. AB ile ilişkilerin Getirdikleri, Cezasızlıkla Mücadeleye Dair Umudun Yeşermesi ve Yine Hüsran: 2000'li Yıllar ve 'Yeni Türkiye'

2000'li yılların başında Avrupa Birliği üyelik süreci kapsamında bir takım yasal reformlara girişildi. Bu kapsamda *TCK*, *CMK*, *Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği* başta olmak üzere mevzuat değişiklikleri yapıldı. Bunun yanı sıra 2002 yılında tek başına iktidar olan AKP hükümeti '*işkenceye sıfır tolerans*' taahhüdünde bulundu. Gerçekten de yeni milenyumun ilk on yılında ümit verici gelişmelerin yaşandığını söylemek yanlış olmaz. İnsan hakları konusundaki görece iyileşme ortamına uluslararası insan hakları örgütlerinin bazı raporlarında yer verilmiştir.[768] Ne var ki insan hakları savunucuları özellikle cezasızlık pratiğine ilişkin haklı kaygılarını dile getirmeye devam etmiştir.

2015 yılına gelene dek *12 Eylül*, *Ergenekon*, *Temizöz*, *Musa Anter*, *JİTEM* davaları gibi davaların açılmış olması geçmişle hesaplaşma ve cezasızlıkla mücadele edileceğine dair umut yarattı. Bu davalarda yer alan tanık anlatımları ve deliller, Türkiye'nin yakın tarihiyle yüzleşmesi için önemli bir fırsatı da beraberinde getiriyordu. Gelgelelim ulusal hukukta zorla kaybetme suçunun düzenlenmemiş olması, Türkiye'nin *Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme*'ye taraf olmaması bu yargılamaların adalet duygusunu tatmin edici bir şekilde nihayete ermesi önündeki büyük engeller. Nitekim bu sayılan davalardan yalnızca Musa Anter (JİTEM Ana Dava) ve Dargeçit JİTEM Davası devam etmekte olup diğerleri cezasızlık pratiğinin birer örneği olmuştur.

Devletin geçmişle yüzleşeceğine dair 2000'li yılların başındaki umutlu havanın hala yaşadığını söylemek mümkün değil. Yeni Türkiye'de 80'li ve 90'lı yılların acı tecrübeleri görmezden gelinerek, o yılların yöntemleri tekrar kullanılmaya başlanmıştır: OHAL, uzun tutukluluk, siyasi öç alma niteliğinde yargılamalar, sokağa çıkma yasakları, zorla kaybetmeler, kayıt dışı gözaltılar, yargısız infazlar, soruşturma makamlarının kayıtsızlığı, işkence ve yine cezasızlık.

XI.3. Türkiye'de insan hakları hareketinin kısa tarihi

2. Dünya Savaşı sırasında yaşanan ağır insan hakları ihlalleri ve sonrasında oluşan politik ortam neticesinde insan hakları kavramı uluslararası hukukta büyük önem kazandı. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin yayınlanması ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin imzalanmasının yanı sıra uluslararası ceza yargısının ilk örnekleri[769] bu dönemde ortaya çıktı.

Türkiye'de de insan hakları kuruluşlarının ortaya çıkışı yine bu döneme rastlar. 1945 yılında İnsan Hakları Derneği;[770] 1946 yılında İnsan Hakları Derneği;[771] 1946 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Sağlama ve Koruma Türk Grubu;[772] 1950 yılında Türkiye Barışseverler Derneği;[773] 1962 yılında Temel Hakları Yaşatma Derneği;[774] 1977 yılında Barış Derneği isimli sivil toplum örgütleri kurulmuştur. 12 Eylül öncesi insan haklarını koruma amacı taşıyan sivil kuruluşların bugünkü anlamda birer sivil toplum örgütü olmadığını bilmek gerekiyor. Bunların, Avrupa'daki siyasal rüzgarların etkisiyle kurulan herhangi bir toplumsal karşılığı olmayan yapılar olduğu söylenebilir. Çoğunlukla politikacılar tarafından kurulmuş ve çok kısa süre içerisinde kapatılmışlardır. Bazılarının kurucuları

768 Örn. İnsan Hakları İzleme Örgütünün Adalete Karşı Safları Sıklaştırmak başlıklı Aralık 2008 tarihli raporu, Örn. Uluslararası Af Örgütünün Türkiye'de Cezasızlık Kültürü Sona Ermeli başlıklı, 5 Temmuz 2007 tarihli raporu.

769 1945 Nürnberg Uluslararası Ceza Mahkemesi; 1946 Tokyo Uzakdoğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi.

770 Ali Fuat Başgil tarafından kurulmuştur.

771 Zekeriya Sertel, Cami Baykut, Tevfik Rüştü Aras, Fevzi Çakmak öncülüğünde kurulmuştur.

772 Nihat Erim, Nazım Poroy, Sıddık Sami Onar öncülüğünde kurulmuştur.

773 Behice Boran ve Adnan Cemgil öncülüğünde kurulmuştur.

774 Mehmet Ali Aybar ve başkaca sosyalist aydınlar öncülüğünde kurulmuştur.

yargılanmış, cezalar almışlardır. 12 Eylül öncesi insan hakları kuruluşlarının insan hakları mücadelesi bakımından etkili olduklarını söylemek oldukça güç.

12 Eylül darbesi sonrası işlenen ağır insan hakları ihlalleri, 82 Anayasası'nın getirdiği yeni hukuki/siyasi durum ve toplumsal muhalefetin yokluğu ile beraber Türkiye'de gerçek bir insan hakları perspektifine sahip sivil toplum ihtiyacı kendini yakıcı bir şekilde hissettirmiştir. Bu dönemde dünyada da insan hakları hareketinin yükseldiği ve önemli örneklerin sayısının arttığı bir dönemdir.

1986 yılında aralarında yazar, aydın, gazeteci, hekim, hukukçu, akademisyenler gibi birçok meslek grubundan ve birçok toplumsal kesimden insanın bir araya gelerek kurduğu İnsan Hakları Derneği (İHD) bu anlamda ilk ve en önemli örneklerden birisidir. İHD, işkence ve zorla kaybetmelerle mücadeleden mevzuat tartışmalarına; kişi özgürlüğüne ilişkin raporlamalardan ifade özgürlüğü hakkında kampanyalara dek geniş bir alanda çalışmalar yürütmüştür. İHD'yi takiben 90'lı yıllarda *MAZLUM-DER*, *TİHV*, *Helsinki Yurttaşlar Derneği*; 2000'li yıllarda *İnsan Hakları Gündemi Derneği*, *Af Örgütü Türkiye Şubesi*, *Eşit Haklar için İzleme Derneği* ile *Hakikat Adalet ve Hafıza Merkezi* gibi örnekler Türkiye'de insan hakları hareketinin önemli aktörleri haline geldiler.

XI.4. Türkiye'nin cezasızlık pratiği, soruşturmalar, kovuşturmalar ve süre giden arayışlar

XI.4.a Türkiye'de Cezasızlığın Görünüm Biçimleri

Önceki VI, VII, VIII ve IX. modüllerde de görüldüğü gibi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, cezasızlığa değindiği kararlarında cezasızlığın görünüm biçimlerini '*etkili bir soruşturma yapılmaması*, *sorumluların yargı önüne çıkarılmaması* ve *suçla orantılı bir cezanın verilmemesi* veya *infaz edilmemesi*' olarak sıralamıştır.[775]

Avrupa Konseyi *Cezasızlığın Kaldırılması Rehber İlkeleri*'ne göre ise cezasızlığın önlenmesi adına devletin yükümlülükleri şu şekilde sıralanmıştır:

(1) Etkili soruşturma görevi

(2) Mağdurun soruşturma işlemlerine katılmasının sağlanması

(3) Etkili kovuşturma yapılması

(4) Mağdurun yargılamaya etkili katılımının sağlanması

(5) Yargı makamlarının bağımsız ve tarafsız olması

(6) Yargılamanın makul sürelerde tamamlanması

(7) Suç ile orantılı ceza verilmesi

(8) Hükmün gecikmeksizin ve tastamam yerine getirilmesi[776]

Devletlerin cezasızlığı önleme konusunda yukarıda sayılan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesini*, Rehber İlkeler* bakımından cezasızlığın görünüm biçimleri olarak anlayabiliriz.

Türkiye'nin cezasızlık pratiğinden yola çıkacak olursak, aşağıdaki gibi daha detaylı bir listeye ulaşabiliriz:

775 Örn. *Yaşa v. Türkiye*, 2.9.1998, no. 22495/93; *Tanrıkulu v. Türkiye*, 8.7.1999, no. 23763/94; *Dikme v. Türkiye*, 11.7.2000, no. 20869/92.

776 Avrupa Konseyi Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Önlenmesine İlişkin Rehber İlkeler.

A. Soruşturma aşaması

(1) Soruşturma açılması konusunda soruşturma makamlarının ayak diretmesi

(2) Kamu görevlileri hakkında soruşturma yürütülmesi için idari iznin gerekliliği

(3) Soruşturma makamlarının bağımsız ve tarafsız olmaması

(4) Soruşturma dosyalarına kısıtlılık veya gizlilik getirilmesi

(5) Soruşturma makamının mağdur taleplerini yerine getirmemesi

(6) Delil toplama konusunda yavaş ve isteksiz davranılması

(7) Faillerin belirlenmesi için gerekli çabanın gösterilmemesi

(8) Mağdur ve yakınlarına misilleme ya da sindirme amaçlı olarak karşı suçlamalar yöneltilmesi

(9) Sivil toplum örgütlerinin ve insan hakları savunucularının karşı suçlamalara maruz kalması

(10) Mağdur tarafın soruşturma dosyasına getirdiği delillerin kabul edilmemesi

B. Kovuşturma aşaması

(1) Görevli mahkemenin belirlenememesi

(2) Davanın güvenlik gerekçesiyle başka illere nakli

(3) Tanıkların mahkemede dinlenmemesi

(4) Mağdur lehine tanık anlatımlarının itibarsızlaştırılması

(5) Delillerin toplanması konusunda mahkemenin isteksizliği

(6) Sanıkların duruşmaya getirilmesi konusunda gerekli adımların atılmaması

(7) Mağdur vekillerinin taleplerinin reddedilmesi

(8) Duruşmaların izleyicilere kısmen ya da tamamen kapatılması

C. İnfaz aşaması

(1) Zamanaşımı

(2) Orantısız-hafif cezalar verilmesi

(3) Açık ya da örülü aflar

(4) Sanıkların yakalanması konusunda gerekli gayretin gösterilmemesi

XI.4.b. Türkiye'de Cezasızlık Pratiğinin Simge Davaları

XI.4.b.1. Beyaz Toroslular: Temizöz Davası

Mehmet Nuri Binzet isimli eski korucu, 2009 yılında Mardin Midyat'ta başka bir suçtan tutuklu olduğu sırada, 1993-1995 yılları arasında Cizre'de faaliyet gösteren yasa-dışı bir yapı ve bu yapının işlediği suçlara ilişkin detaylı bir ifade verir. Binzet'in gizli tanık sıfatıyla vermiş olduğu beyanlar, dönemin Jandarma Bölük Komutanı Yüzbaşı Cemal Temizöz liderliğinde;

asker, sivil ve koruculardan oluşan bir suç örgütünün soruşturulmasını sağlar. Soruşturma kapsamında alınan başka tanık beyanları, mağdur yakınlarının anlatımları ve sivil toplum örgütleri ile meslek kuruluşlarının dosyaya dahil ettiği deliller neticesinde kamuoyunda Temizöz Davası olarak bilinen dava Diyarbakır Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi'nde açılır. Emekli Albay Temizöz ve diğer 6 sanık 'cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak ve bu teşekküle katılarak mensubu olmak, insan öldürmeye azmettirmek ve insan öldürmek' suçlarından yargılanır.

Bu davanın açılması, özellikle sanıkların tutuklu yargılanması mağdur yakınları ve insan hakları çevreleri açısından geçmişle yüzleşme umudunun artmasına sebep olmuştur. Bu dava ile kontrgerilla faaliyetlerinin gün yüzüne çıkartılması ve mağdur yakınlarının zararlarının giderilmesi olasılıklarının yükseldiğine dair inanç oluşmuştur. Ne var ki hem soruşturma hem kovuşturma aşamasında, farklı biçimleriyle cezasızlık pratiği kendini birçok kez göstermiştir.

(a) Özel yetkili mahkemenin kaldırılmasıyla beraber dava önce Şırnak Ağır Ceza Mahkemesi'ne oradan da güvenlik gerekçesiyle Eskişehir Ağır Ceza Mahkemesi'ne nakledilmiştir. Daha sonraki yıllarda da sıkça rastladığımız bu yöntem mağdur yakınlarının, müdahil avukatlarının, meslek kuruluşlarının ve yerel basının davayı takibini güçleştirmiştir.

(b) Dosya, 20 sivilin öldürülmesine ilişkin delilleri içermesine rağmen zamanaşımı ve delil yetersizliği nedeniyle yalnızca 9 cinayet hakkında ceza istenmiştir.

(c) Beyanlarıyla soruşturmanın açılmasını sağlayan Mehmet Nuri Binzet ile 'Sokak Lambası' ve 'Tükenmez Kalem' kod adlı gizli tanıklar etkili bir tanık koruma programı uygulanmaması nedeniyle deşifre olmuştur. Bu tanıkların hepsi daha sonra ifadelerini geri çekmişler, daha önceki beyanlarının gerçek olmadığını ileri sürmüşlerdir. Binzet, bir takım duyumları bir araya getirerek bu olayları Temizöz ve diğer sanıkların üzerine attığını, onlardan intikam aldığını ve fakat daha sonra suçsuz insanlara iftira atmaya yüreğinin elvermediğini mahkemeye bildirmiştir.

(d) Suç tarihinde Cizre Kaymakamı olan davanın tanıklarından Osman Bulgurlu'ya tehdit içerikli imzasız mektup gönderildi. Bu mektup mahkeme başkanı tarafından duruşma esnasında okundu. Benzer mektupların başka tanıklara da gönderildiği daha sonra ortaya çıkmıştır. Sık rastlanan bir cezasızlık pratiği olarak baskı ve tehdit yöntemi bu davada da uygulanmıştır. Yine sanıklardan Cemal Temizöz ve Kamil Atağ yakınlarının duruşmaya çok kalabalık gruplar halinde katılmaları da bu yöntemin bir örneğidir.

(e) Türkçe bilmeyen mağdur yakınları duruşmaları takip etmekte güçlük çekmiştir. Kendi beyanları esnasında tercüman yardımı almakla beraber sanıkların, heyetin, tanıkların ve avukatların beyanlarını dinlerken bu imkana sahip olamamışlardır. Bununla beraber mağdur yakınları ve avukatları, duruşma esnasında tansiyonun yükseldiği anlarda sanıklar tarafından açıkça tehdit edilmişlerdir.

Temizöz Davası, başta *Mehmet Nuri Binzet* olmak üzere kilit tanık ifadelerinin büyük önem taşıdığı bir davaydı. Bu sebeple tanıklar hakkında etkili bir tanık koruma programı uygulanmamasının yargılamanın seyrine çok olumsuz etkileri olmuştur. Tanıkların tehdit ve baskıya açık hale gelmesi neticesinde ifadelerini geri çekmeleri, başkaca birçok delilin varlığına rağmen, Beyaz Toroslıların beraat gerekçesini oluşturmuştur:

"Bizim çalıştığımız dönemde operasyon talimatları üzerine bölgedeki operasyon sırasında gerek bizim resmi arananlar listemize göre, gerekse sorgu ekibinin kendi listesine göre bir kısım kişiler kimlikleri ile beraber alınarak komando birliği ile birlikte götürülerek sorgu ekibi diye bahsettiğim kişilere teslim edilirdi. Sonrasında ne yaparlardı ben bilemem. Çünkü biz güvenlik ile alakalı işlemlerle yoğun bir şekilde uğraşırdık. Ayrıca bu sorgu ekibinin beyaz renkli bir renault araçları vardı. Genelde onu kullanırlardı."[777]

"Bu sorgu ekibinin beyaz renkli bir renault marka araçları vardı. Ama bu araç bizim jandarmamızın envanterinde yoktu. O aracın ne şekilde temin edildiğini ben bilemem, fakat fiilen genellikle bu aracı kullanırlardı."[778]

"Köy muhtarı bana 'kardeşini Abdulhâkim, Tayfun ve Bedran öldürdü. Resmi olarak ifade veremem, ikinci gün beni de öldürürler. Plakasız Toros marka aracı Cizre'de kim kullanıyorsa kardeşini onlar öldürmüştür,' dedi."[779]

"Ağabeyi olan Ramazan'ın kendisi ile 1994 yılında Cizre ilçesinde bakkal dükkanı işlettiğini, dükkanlarına gelen 2 sivil kişinin ellerinde tabanca olduğu halde 21 plakalı binek tipi beyaz Renault marka bir araçla Ramazan'a siz bizimle geleceksiniz dediklerini, gelen iki kişinin ağabeyi Ramazan'ı sözü edilen araca bindirerek götürdüklerini..."[780]

"Amcası Ramazan UYKUR ile birlikte oldukları sırada 200-300 metre mesafede plakasız beyaz renkli Renault marka bir araçtan inen bir şahsın amcasının kolundan tutarak çektiğini, amcasının direndiğini, o sırada silahların ateşlendiğini, ateş edenlerin iki kişi olduğunu, birinin elinde tabanca, diğerinin elinde kaleşnikof marka silahın olduğunu söylediği..."[781]

XI.4.b.2. Darbecilerle (Sözde) Hesaplaşma: 12 Eylül Davası

1982 Anayasasının geçici 15. maddesi[782], darbecilerin bütün karar ve uygulamalarından dolayı cezai, mali ve hukuki olarak sorumlu tutulamayacaklarını ve bu amaçla yargı makamlarına başvurulamayacağını düzenliyordu. Ağır insan hakları ihlallerinin cezasızlığı bizzat anayasa tarafından temin ediliyordu. 12 Eylül sonrası işlenen suçlara ilişkin olarak 2000 yılında bir iddianame hazırlansa da bu iddianameyi hazırlayan Adana Cumhuriyet Savcısı *Sacit Kayasu* askeri kuvvetleri tahkir suçundan yargılanarak cezalandırıldı ve daha sonra meslekten ihraç edildi. Bu şekilde 12 Eylül'ün yargılanması yolunda ilk girişim engellendi.

12 Eylül 2010 yılında yapılan halk oylaması neticesinde geçici 15. madde 1982 Anayasası'ndan çıkartılmış ve darbecilerin yargılanması önündeki engel ortadan kalkmıştır. 13 Eylül 2020 gününden itibaren birçok insan hakları savunucusu darbecilerin yargılanması için kampanyalar örgütlemiş, adli makamlara başvurular yapmıştır. Nihayet 3 Ocak 2012 tarihinde Kenan Evren ve Tahsin Şahinkaya hakkında iddianame hazırlanmış ve 765 sy. TCK

777 Temizöz Davası İddianamesi, 1992-1994 yılları arasında karakol komutanı olarak görev yapan tanık Ahmet ÖZNALBANT'ın beyanları.

778 Temizöz Davası İddianamesi, 1992-1994 yılları arasında karakol komutanı olarak görev yapan tanık Mehmet AKSOY'UN beyanları.

779 Diyarbakır Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi 2009/470 E. 02.04.2020 tarihli duruşma tutanağı

780 Temizöz Davası İddianamesi, maktul Ramazan Elçi'nin kardeşi Nurettin Elçi'nin beyanları.

781 Temizöz Davası İddianamesi, tanık Mehmet Uykur'un beyanları.

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

m.146[783] uyarınca cezalandırılmaları istenmiştir. Yerel mahkemenin 18 Haziran 2014 tarihli kararı neticesinde sanıklar hakkında 146. madde gereğince ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına takdiri indirim uygulanarak müebbet hapis cezası verilmiştir. Temyiz edilen yerel mahkeme kararı Yargıtay önündeyken her iki sanık da yaşamını yitirmiştir. Yargıtay sanıkların hayatını kaybetmesi nedeniyle düşme kararı verilmesi gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Darbeci sanıkların yargılanmasına ve cezalandırılmalarına rağmen bu yargılamanın geçmişle hesaplaşma adına iyi bir örnek olduğu söylenemez. Aşağıda sıralanan nedenlerle bu yargılamanın ilk kez Türkiye'de bir darbenin yargılanması adına önem taşımakla beraber, geçmişle yüzleşme adına göstermelik bir yargılamadan öteye geçemediğini söylemek yanlış olmayacaktır:

(a) Sanıkların yalnızca 765 sayılı TCK m.146 uyarınca cezalandırılmaları istenmiştir. İddianamede insanlığa karşı suç kategorisinde yer alan birçok anlatım bulunmasına rağmen sanıklar bu fiillerden sorumlu tutulmamıştır. Toplumun belirli bir kesimine karşı siyasal nedenlerle planlı ve sistemli bir şekilde işkence, zorla kaybetme, kasten öldürme ve yaralama gibi suçların işlendiği açık olmasına, hatta bu suçlar iddianamede detaylı olarak anlatılmasına rağmen sanıklar yalnızca anayasal düzeni ortadan kaldırmakla suçlanmıştır. Bu açıdan yerel mahkeme tarafından verilen cezanın sanıkların eylemleriyle orantılı olduğu söylenemez.

(b) İddianame, 12 Eylül Darbesi öncesine ilişkin süreç anlatımında çatışma ve kaos ortamına fazlaca vurgu yaparak, örtülü de olsa darbenin gerekliliği savını içermektedir. Sanıkların savunmaları da bu yönde olmuştur. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m.35[784] gereği darbenin Türkiye Cumhuriyeti'ni korumak ve kollamak saikiyle gerçekleştirildiği iddia edilmiştir. Hatta bu yönüyle iddiname, darbe mağdurlarına, darbeye ortam hazırlamak gibi bir karşı suçlama yöneltiyordu.

(c) Yukarıda ismi anılan ve darbenin sembol isimleri olan iki sanık dışındaki diğer şüphelilerin yargılanması adına gerekli adımlar atılmadı. Dönemin sıkıyönetim komutanları, valiler, emniyet müdürleri ve diğer kamu görevlileri hakkında etkili ve gerçek bir soruşturma yürütülmedi. Bu şahıslar hakkında herhangi bir dava açılmış değil.

(d) Genelkurmay Başkanlığı devlet sırrı olduğu gerekçesiyle bazı belgeleri mahkemeye göndermedi. 12 Eylül sonrası işlenen suçlara Sivil İşler Koordinasyonu Grubu isimli bir grubun katıldığı belirlenmiş, MİT'ten anılan grubun faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulması için yazı yazılmıştır. MİT mahkemeye cevaben konuya ilişkin bilgi ve belgeye sahip olmadığını söylemiştir.

(e) Mahkeme sadece 12 Eylül sonrası kapatılan tüzel kişilerin ve doğrudan zarar gördüğünü ispat edebilen gerçek kişilerin katılma taleplerini kabul etmiştir. Bunun yanında katılma taleplerini yalnızca 12 Eylül 1980 ile yeni hükümetin kurulduğu 6 Aralık 1983 tarihleri arasındaki olaylar ile kısıtlamıştır. Bu sebeple yukarıda anılan insanlığa karşı suçların mağduru birçok insan davaya müdahil olamamıştır. Zira 1978 yılından 1987 yılına kadar sıkıyönetim uygulanmıştır.

12 Eylül yargılaması gerçek anlamda bir geçmişle yüzleşme davası olamamıştır. Öyle ki

783 Madde Metni: "Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkum olur."

784 Madde Metni: "Silahlı Kuvvetlerin vazifesi Türk yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş Türkiye Cumhuriyeti'ni korumak ve kollamaktır"

soruşturma aşamasından itibaren resmi ve sivil birçok odak tarafından bu yargılama itibarsızlaştırılmaya çalışılmış; sanıklara sahip çıkılmıştır. 12 Eylül Darbesinin emir komuta zincirinin başı olan Kenan Evren'in savunmasındaki rahatlık ve eminlik, geçmişle yüzleşme adına gerekli adımları atmaya yeterince niyeti ve cesareti bulunmayan siyaset ve yargı ortamından kaynaklanmaktadır.

> *"Benim ve silah arkadaşlarımın 12 Eylül 1980 tarihinde ve sonrasındaki tasarruflarımızdan dolayı yetkisini 1982 Anayasasından alan yargının suç isnat etme yargılama yetkisi bulunmamaktadır. Kurucu iktidar olmayı yani ihtilal yapmayı suç sayan bir kanun yoktur. Hukuken olması da mümkün değildir. Biz ihtilal yaptık. İhtilale teşebbüs etmedik. Herkesin ihtilal ile ihtilale teşebbüs etmeyi ayırması aynı şey olmadığını bilmesi gerekir. (...) Ben sanık değilim. Ben 12 Eylül harekâtını yapan Türk Silahlı Kuvvetlerinin Genel Kurmay Başkanıyım, Milli Güvenlik Konseyi başkanı ve Devlet başkanıyım. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yedinci Cumhurbaşkanıyım. (...) Biz o gün doğru olanı yaptık, bu günde olsaydı aynı şekilde ihtilali yapardık."*[785]

XI.4.b.3. Varla Yok Arasında: JİTEM Davaları

90'lı yıllardan bu yana varlığı bir kabul bir inkâr edilen, resmi ağızlardan hakkında doyurucu ve aydınlatıcı bir açıklama yapılamayan, Türkiye'nin yakın tarihiyle yüzleşmesi adına kuruluşu, yapılanması, kaynakları ve bağlantıları, en nihayetinde işlediği suçlar ortaya çıkartılması gereken bir suç örgütü JİTEM. TBMM Susurluk Araştırma Komisyonu'nca kendisinden bilgi istenen Jandarma Genel Komutanı Orgeneral Teoman Koman *"Jandarma teşkilatı içinde JİTEM adında legal ya da illegal bir örgüt kurulmamıştır, yoktur. Ama jandarma dışında bu ismi kullanıp kanunsuz işler yapan bir grup vardır"*[786] şeklinde yanıt vermiştir.

Yıllar sonra 2005 yılında Şemdinli'de bir kitabevinin bombalanması olayına iki Jandarma İstihbarat personelinin karışması sonrasında ise dönemin TBMM Başkanı Bülent Arınç aşağıdaki sözleri söyleyecekti:

> *"Geçmişten bu yana JİTEM tartışmalı bir olgu olarak kalmıştır. «Bir zamanlar oldu, kaldırıldı, şimdi farklı biçimde görevine devam ettiği» sözleri geçmişte konuşulmuştur. Hükümetin bu konuda net bir açıklama yapmasına ihtiyaç vardır. JİTEM var mıdır, nasıl bir çalışma yapmaktadır, nasıl bir görev kendisine yüklenmiştir, yasa dışı oluşumlarla bağlantısı tamamen kesilip atılabilmiş midir, yoksa bir bağlantı eskiden bu yana yok mudur? Bunlar açıklanmalıdır."*[787]

Ergenekon soruşturmalarının başlamasıyla beraber JİTEM'e dair önemli bilgi ve belgeler de ortaya çıktı. Örgütün kuruluşu, yasa-dışı faaliyetleri, tetikçileri, hiyerarşik şeması gibi çok önemli detaylar dava dosyalarına girdi. Ergenekon soruşturması kapsamında sanıkların ve tanıkların vermiş olduğu ayrıntılı ifadeler, 90'lı yıllarda işlenen cinayetler, zorla kaybetme vakaları ve JİTEM hakkında kamuoyunun ilgisini tekrar artırdı. 2011 yılında İçişleri Bakanlığı'nın yaptığı açıklama basında "*Devlet JİTEM'i kabul etti*" şeklinde yer bulsa da ilgili açıklama doyuruculuktan uzaktı. Açıklamada 1987 yılında kurulan Jandarma İstihbarat Komutanlığı'nın 1988 ve 1990 yılları arasında JİTEM adını kullandığı ama 1990 yılından sonra tekrar eski adını kullanmaya devam ettiği belirtiliyordu.

Kamuoyunda JİTEM Davası olarak bilinen ikisi devam etmekte olan dört dava vardır. *Kızıl-*

785 Ankara 12. ACM 2012/3 E. Sayılı dosyanın 21.11.2012 tarihli duruşma tutanağı.

786 TBMM Susurluk Araştırma Komisyon Raporu.

787 13 Kasım 2005 tarihli TBMM Başkanı basın açıklaması: "'HÜKÜMETİN, JİTEM VAR MIDIR, NASIL BİR ÇALIŞMA YAPMAKTADIR, BU KONUDA NET BİR AÇIKLAMA YAPMASINA İHTİYAÇ VARDIR".

tepe JİTEM Davası 1992-1996 yılları arasında 22 kişinin öldürülmesine ilişkin olarak açılmış sanıkların tamamının beraat etmesiyle sonuçlanmıştır. 19 kişinin öldürülmesine ilişkin olarak aralarında Mehmet Ağar'ın da bulunduğu 19 sanığın yargılandığı ve *Ankara JİTEM* Davası olarak bilinen davada da hayatta olan tüm sanıklar beraat ettirilmiş; Yeşil Kod adlı Mahmut Yıldırım hakkında ise tefrik kararı verilmiştir. *Dargeçit JİTEM Davası* ile Musa Anter dosyasıyla birleştirilen ve *JİTEM Ana Dava* olarak anılan davalar ise devam etmektedir.

Ankara'da açılan *Ankara JİTEM Davası* dışında tüm davalar güvenlik gerekçesiyle başka illere nakledilmiştir. Davanın nakli, mağdur yakınlarının, avukatlarının, yerel basının ve meslek kuruluşlarının yargılamayı takip etmesini güçleştiren bir uygulama ve cezasızlığın görünüm biçimlerinden birisi olarak JİTEM yargılamalarında da karşımıza çıkmaktadır.

Ankara JİTEM Davası'nda mahkeme, Tansu Çiller ve eşi Özer Çiller Uçuran'ın dinlenmesi için İstanbul Ağır Ceza Mahkemesine talimat yazmış ancak Çiller'ler talimat duruşmasına katılmamıştır. Daha sonra ise mahkeme Çiller'lerin dinlenmesinden vazgeçmiştir. Katılan avukatlarının Çiller çifti ile Mesut Yılmaz'ın da dinlenmesine karar verilmesini talep etmiş, ancak bu talepler mahkeme tarafından reddedilmiştir.

Bu davalarda, sanıkların mahkeme huzurunda dinlenmesi için gerekli adımlar atılmamıştır. SEGBİS yöntemiyle alınan ifadelerde mağdur yakınlarının ve avukatlarının soru sorma imkânı olmamış; sanıkların ifadelerinin yüzyüzelik ilkesi gereğince mahkeme huzurunda alınması şeklindeki talepler reddedilmiştir.

Başta MİT ve Genelkurmay olmak üzere resmi makamlara defalarca yazı yazılarak JİTEM hakkında bilgi istenmesine rağmen bu kurumlar bilgi vermekten kaçınmıştır. Kimi zaman böyle bir yapılanmanın bulunmadığı ve hakkında bilgi ve belgeye rastlanmadığı şeklinde yanıt verilmiş kimi zaman da doğrudan '*devlet sırrı*' olduğu gerekçesiyle bilgi verilemeyeceği söylenmiştir.

JİTEM Ana Dava Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nde; Dargeçit JİTEM Davası ise Adıyaman 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde devam etmektedir. Ankara JİTEM Davasının 13.12.2019 tarihli karar duruşmasında katılan avukatının "*Hazır herkesi beraat ettirmişken Mahmut Yıldırım'ı da tefrik etmek yerine beraat ettirin onu da kurtarın*" şeklindeki serzeniş içeren ifadelerini heyet başkanı "*Mahmut Yıldırım'ın beraatını talep ediyorum*" diye özetleyerek tutanağa geçirmek istemişti; gülümseyerek[788]. O gülümseme, bu yargılamaların kan dondurucu bir ciddiyetsizlikle yürütüldüğünün ve geçmişle yüzleşme konusundaki samimiyetsizliğin kanıtıdır.

788 Failibelli.org, Ankara JİTEM Davası Duruşma Notları.

MODÜL XII

TÜRK CEZA ADALETİNİN CEZASIZLIK ÜRETEN YAPISAL SORUNLARI

HAZIRLIK SORULARI

- Türkiye'nin cezasızlık sorununun yapısal kaynakları nelerdir? Hakimler, savcılar ve avukatların alışkanlıkları ve tavırlarının cezasızlığın sürmesine nasıl bir etkisi mevcuttur?
- Türkiye'de cezasızlık sorununun sürmesinde mevzuatın nasıl etkileri bulunmaktadır?
- Türkiye yargı pratiğinde cezasızlık hangi biçimlerde ortaya çıkmaktadır?
- Hangi kamu görevlilerinin hangi eylemlerinin soruşturulması izne tabidir?
- Kamu görevlilerinin ceza soruşturması gerektiren eylemlerine getirilen izin yükümlülüğünün kapsamı nedir?

MODÜL XII:

Türk ceza adaletinin cezasızlık üreten yapısal sorunları

XII.1.Türkiye'nin cezasızlık kültürünün yapısal kaynakları

XII.1.a. Yapısal Sorunlar 1– Yargıçların zihniyet kalıpları

> *"Devletim olmadıktan sonra benim bireysel özgürlüğüm hiçbir ise yaramaz."*[789]

> *"Büyük bir çoğunlukla hakimler temel görevlerini devleti korumak olarak düşünüyorlar. Hangi başka bir Avrupa ülkesinde böyle bir şey var ben bilmiyorum. Bir hâkimin görevi devleti korumak nasıl olabilir? Kamu düzeninden Fransız hakimle Türk hâkimin anladığı farklı şeyler. Bizimki kamu düzeninden devleti alabildiğine korumayı anlıyor."*[790]

Bireyler için genel bir koruma mekanizmasını oluşturan temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, hak arama yollarının açık tutulması ile hukukun üstünlüğünün egemen olmasını gerektirir. Hak arama yollarının sorunsuz olarak işlemesi ve anayasal hak ve özgürlüklerin güvence altında olduğu bir hukuk düzenine ulaşılması, içinde yargıçlar, savcılar ve avukatların çalıştığı adına yargı dediğimiz mekanizmanın yetkin, doğru ve sorunsuz çalışmasına doğrudan bağlıdır. Adalet idealinin halkın gündelik yaşamında kendini var edebilmesi, her şeyden önce devletin hukuka ve onun çağdaş görünümü olan temel hak ve özgürlüklere bağlı, yasama ve yürütme erklerine karşı bağımsız ve tarafsız bir yargı mekanizmasının kurumsal olarak kendini var edebilmesiyle doğrudan ilişkilidir. Yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı, hukukun üstünlüğü ve insan haklarının güvence altına alınabilmesinin mutlak önkoşulunu oluşturur.

Türkiye'de Osmanlı ve arkasından gelen Cumhuriyet dönemi devlet geleneğinde yargı, birey ve toplulukların devlet aygıtına karşı korunduğu, özerkleştirici bir yapı olmaktan çok merkezi otoritenin yönetme kapasitesini görünür kıldığı ve iktidarını yerele dayattığı idari uygulamaların payandası olarak ortaya çıkmıştır. Osmanlı kadısı, yürütmeden özerk bir alanı değil, tam tersine onunla organik bir bütünlük oluşturan yargıyı temsil ediyordu. Kadı kazalarda hem kaymakam ve belediye başkanı gibi bir idari otorite hem de yargı işlevlerini üzerinde birleştiren bir devlet görevlisiydi.[791] Bu gelenek ve anlayışın belirli ölçülerde korunarak Cumhuriyet dönemi yargı sistemine taşındığının farkında olmak, günümüz Türkiyesi'nde yaşanılan ağır cezasızlık sorunlarının kavranmasında belirleyici unsurlarından biridir. Türk yargıcı, tarihsel kişilik ve karakterini merkeze bağlılık ve memuriyet üzerinden kazanmıştır. Bu nedenle ülkenin yargısı, belirleyici bir karakter yapısı olarak "*bürokrat geleneği*"ni geçmişten devralmıştır.[792] Dolayısıyla modern demokratik devletin kilit taşı olan hukukun

789 Anonim bir yargıçtan yapılan bir alıntı. Kaynak, Mithat Sancar ve Eylem Ümit: "*Rapor: Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları*", TESEV – Kasım 2007, s. 17.

790 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 2008-2019 yılları arasında Türkiye nezdinde görev yapan yargıcı Işıl Karakaş'ın Hürriyet Gazetesi ile 29 Temmuz 2013 tarihinde verdiği söyleşiden alıntılanmıştır. Bkz., https://t24.com.tr/haber/karakas-yarg_-vesayet_n_n-kald_r_lmas_-_c_n-en-oneml_-gorev-anayasa-mahkemes_nde,235469

791 Bkz., A. Refik Gür: "*Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadılık Müessesesi*", İşbankası Kültür Yayınları, İstanbul-2015.

792 Bkz., Orhan Gazi Ertekin: "*Rule of Law in Turkey: Judicial Administration*", Pen Norway. s.5; Ertekin'nin Osmanlı bürokrat geleneğinin Cumhuriyet yargıcınca devralındığı savı, TESEV'in 2007 yılında yayınladığı Mithat Sancar ve Eylem Ümit tarafından yürütülen "*Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları*" alan araştırmasının verileriyle de uyuşmaktadır. Bu araştırma çerçevesinde görüşülen yargıç ve savcılar mesleki kimliklerinin belirleyici bir unsurunu oluşturan kendilik algılarını çoğunluğun "*hâkimler memurdur*" şeklinde ifade ettikleri belirtilmiştir. Bkz., yukarıda anılan TESEV'in "*Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları*", TESEV – Kasım 2007, s. 17

üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı ilkelerinin Türk yargıcı ve yargı sisteminin yaşam döngüsünde anlamlı bir karşılığı yoktur.

Nitekim *Birleşmiş Milletler Yargıçlar ve Avukatların Bağımsızlığı Özel Raportörü*, 2011 yılı Türkiye ziyaretine ilişkin raporunda, yargılamalarda sıklıkla Devletin menfaatleri olarak kavrananın lehine ya da onun korunduğu bir yaklaşım olduğundan Devlet merkezli bir zihniyetin Türk yargısında oldukça baskın olduğu tespitinde bulunmuştur. Özel Raportör, bu yaklaşımın kavramsal bir karmaşanın sonucu olduğu düşüncesindedir:

> "*Devletin güvenliğinin tehlike altında hissedildiği, (her ne kadar bunu ölçmek ve değerlendirmek oldukça zor olsa da) olabildiği, özellikle de bireylerin haklarıyla Devletin menfaatlerinin çatışma halinde olduğunun düşünülebileceği davalarda bu durum fazlasıyla doğrudur. Bu bakımdan, kamunun menfaatleri ile Devlet çıkarları arasında bir kafa karışıklığından kaçınmak bakımından bir ayrım yapılmalı; ceza soruşturması gibi kamu menfaati fonksiyonunun yerine getirilmesinden, Hükümet, siyasi parti ya da herhangi bir Devlet kurumunun menfaatlerini koruma rolünün oynanması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır*."[793]

Özel Raportör ayrıca aralarında belirli bir mesafe olması gereken yargıçlar ile savcılar arasında gereğinden fazla yakınlığın olduğu ve bunun da adil bir yargılamanın esaslı unsurlarından olan silahların eşitliği ilkesi bakımından sorun oluşturduğu eleştirisinde bulunmuştur.[794] Dolayısıyla yargı bağımsızlığının önündeki ciddi engellerden biri, yargının kararlarını mevcut hukuk kurallarına dayandırmak yerine kurumsal yapısındaki zayıflıkların yardımıyla yürütme erkinin etkisi altında kalarak ya da ona gönüllü tabi kılarak vermesidir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesini yorumladığı bazı kararlarında, yargıçların yürütmeye karşı bağımsızlığını güvence altına alacak kurumsal göstergeleri ortaya koymuştur. Buna göre Avrupa Mahkemesi, yargıçların atanma usulü ve görev sürelerini, dış baskılara karşı güvencelerin olup olmadığını ve dışarıya karşı bağımsız bir görüntü sergileyip sergilemediğini dikkate almaktadır.[795]

Öte yandan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Gonzalez del Rio v. Peru* kararında, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri koşulunun, istisnaya tabi olmayan *mutlak* bir hak olduğu tespitinde bulunmuştur.[796]

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, öte yandan Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 14. maddesiyle ilgili "*Mahkemeler önünde eşitlik ve adil yargılanma hakkı*"na ilişkin 32 Nolu Genel Yorumu'nda yargının bağımsızlığına ilişkin kurumsal güvenceleri daha ayrıntılı olarak ele almıştır:

> «*... Bağımsızlık koşulu özellikle, yargıçların atanma usül ve yeterliliklerine ve zorunlu emeklilik yaşına ya da görev sürelerinin sona ermesine kadar iş güvencelerine, bunlar mevcut*

793 Bkz., Birleşmiş Milletler Yargıçlar ve Avukatların Bağımsızlığı Özel Raportörü Gabriela Knaul'un Türkiye Misyonu üzerine 4 Mayıs 2012 tarihli Raporu, UN Doc. A/HRC/20/19/Add.3, § 56.

794 İbid., §38.

795 Bkz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin pek çok kararının yanında 28 Haziran 1984 tarihli *Campbell ve Fell v. Birleşik Krallık* kararı, [7819/77 ve 7878/77], § 78; 25 Şubat 1997 tarihli *Findlay v. Birleşik Krallık* kararı, [22107/93], § 73; ayrıca bu konuda Türkiye'ye ilişkin Devlet Güvenlik Mahkemelerinin bağımsızlığını inceleyerek bağımsızlık güvencelerinin bulunmadığına hükmettiği 9 Haziran 1998 tarihli *Incal v. Türkiye* [BD] kararı, [22678/93], §§ 65–68.

796 Bkz., İnsan Hakları Komitesi'nin 2 Kasım 1992 tarihli *Gonzalez del Rio v. Peru* kararı, [263/1987], UN Doc. CCPR/C/46/D/263/1987, § 5.2.

olduğunda terfi, tayin, açığa alma ve görevden çıkarma gibi işlemleri düzenleyen kurallara ve yargının, yürütme ve yasamanın siyasi müdahalelerinden gerçekten bağımsız olmasına göndermede bulunur. Devletler, yasaların hazırlanma ya da kabulüne ilişkin açık usuller konulması, yargı mensuplarının atanma, ücretlendirilmeleri, çalışma süreleri, terfi, açığa alma ve görevden çıkarmalar ve onlara karşı alınacak disiplin yaptırımları bakımından nesnel ölçütler getirilmesi yoluyla kararlarını verirken yargıçları siyasi etkilerden koruyacak, yargı bağımsızlığını güvence altına alacak özel tedbirler almalıdır. Yargı ve yürütmenin işlev ve yetkilerinin açıkça ayrıştırılabilir olmadığı ya da ikincisinin öncekini denetim altına alabildiği ya da yönlendirebildiği bir durum bağımsız bir yargı yeri kavramına uygun değildir. Yargıçların çıkar çatışmaları ve sindirmelere karşı korunması zorunludur. Bağımsızlığın güvencelendirilebilmesi için, görev süreleri, bağımsızlıkları, güvenlik, yeterli ücretlendirilme, hizmet koşulları, emeklilikleri, emeklilik yaşları dahil yargıçların statüsü, hukuken yeterli bir şekilde güvence altına alınmalıdır.» [797]

Yine Birleşmiş Milletler *Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri*, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye Devletlere dair *Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Tavsiye Kararı*[798] da dahil olmak üzere yargıçların, savcıların ve avukatların bağımsızlığı ve hesap verebilirliğine ilişkin uluslararası standartlar dikkate alınarak Türk yargı sisteminin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin kurumsal güvencelerin yeterliliğinin nasıl ölçülmesi gerektiğine ilişkin genel bir rehberlik sağlamaktadır. Ancak, gerek yukarıda anılan *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*'nin içtihatlarında gerekse Birleşmiş Milletler *İnsan Hakları Komitesi*'nin 32 Nolu Genel Yorumu'nun 19. paragrafında ortaya koyduğu bağımsızlık güvencelerinin karşılanabildiğini söylemek mümkün değildir.[799]

XII.1.b. Yapısal Sorunlar 2 – Savcılık kurumunun hukuk devletinde olması gereken asgari bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerindeki eksiklikler

Savcı, "*yasa ihlalinin cezai bir yaptırıma bağlandığı durumlarda bireylerin haklarını ve ceza adaleti sisteminin etkinliğini dikkate alarak yasanın uygulanmasını toplum adına ve kamu yararını gözeterek güvence altına alan kamu görevlisidir*."[800]

Savcı olmak için gerekli nitelikler, aynı olmamakla birlikte hâkimlik için gereken niteliklere benzemektedir. Bu durum savcıların *atama* ve *terfileri* bakımından uygun usullerin bulunmasını gerektirir. Bir savcı, tıpkı bir hâkim gibi, bazen halkın ya da iktidarın hoşuna gitmeyen kararlar almak zorunda kalabilir ve bu kararlar medyada eleştirilebilir ya da siyasi tartışma konusu haline gelebilir. Bu nedenle, savcıların, halkın hoşuna gitmeyen kararlar aldıkları için haksız muamelelere uğramalarını önleyecek şekilde, uygun sürelerde görevde kalmalarının sağlanması ve terfi, disiplin ve işten çıkarma konularında uygun düzenlemelerin yapılması gereklidir.

797 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin *Mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşitlik ve adil yargılama hakkına* ilişkin 32 Nolu Genel Yorumu, UN Doc. CCPR/C/GC/32 (2007), § 19.

798 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Rec(2010)12 sayılı tavsiye kararı.

799 Türkiye yargısının bağımsızlık ve tarafsızlığına yönelik kurumsal güvenceleri taşıyıp taşımadığına ilişkin son dönemde resmi ve gayrı resmi uluslararası uzmanlık örgütlerinden kapsamlı hukuksal analizlere dayalı raporlarla birlikte ağır eleştiriler söz konusudur. Bkz., Avrupa Konseyi'nin Venedik Komisyonu, "*Declaration on Interference with Judicial Independence in Turkey*", 20 June 2015; Council of Europe Consultative Council of European Judges, "*Challenges for judicial independence and impartiality in the member states of the Council of Europe*", 24 March 2016, Türkiye ile ilgili §§ 88–98; Uluslararası Hukukçular Komisyonu'nun kapsamlı analizlerinin yer aldığı raporlar için bkz., *International Commission Jurists* (ICJ), "*Turkey: the Judicial System in Peril—A briefing paper*", Geneva – 2016; ICJ, "*Türkiye'nin Yargı Reformu Stratejisi ve Yargı Bağımsızlığı*", Cenevre – 2019. Ayrıca bkz., Türkiye Ceza Hukuku Derneği'nin 2 Ekim 2019 tarihli "Yargı Reformu Kapsamında Yargı Bağımsızlığı Raporu".

800 Bkz., Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Rec(2000)19 sayılı tavsiye kararı.

Venedik Komisyonu'nu da savcıların soruşturma yetkilerini kullanırken ortaya çıkabilecek uygunsuz müdahaleler ve görevin kötüye kullanılması olasılıklarına göndermeyle aşağıdaki yorumda bulunmuştur:

> *"Siyasi müdahalelerle ya da hatalı savcılık kararlarıyla bağlantılı olan iki farklı ama birbiriyle bağlantılı görevi kötüye kullanma biçimi vardır. Bunlardan birincisi, kanıt olmadığı ya da dava hileli ya da yanlış kanıtlara dayandığı için başlatılmaması gereken kovuşturmaların başlatılmasıdır. İkinci, daha sinsi ve muhtemelen daha yaygın olan durum ise, bir savcının başlatılması gereken bir kovuşturmayı başlatmamasıdır. Bu sorun çoğu zaman yolsuzlukla bağlantılıdır, ama hükümetlerin suç ya da yolsuzluk içeren tutumlar sergilediği ya da güçlü menfaat [gruplarının] siyasi baskılar uyguladığı durumlarda da yaşanabilir. İlke olarak, kovuşturma başlatmama yönündeki yanlış bir talimatla başa çıkmak daha zor olabilir, çünkü bu talimatın yargı denetimine tabi tutulması kolay olmayabilir."*[801]

Dolayısıyla savcıların görevlerini yerine getirirken belirli mesleki güvencelere sahip olmaları gereği beraberinde *savcıların bağımsızlığına* ilişkin bir tartışmayı da beraberinde getirmektedir.

Bağımsızlık bağlamında hakimler ile savcıların yararlandığı güvenceler arasında görevlerinin doğasından kaynaklanan belirgin farklar söz konusudur. Savcılık, yargı sisteminin parçası olduğunda bile bir mahkeme değildir. Dolayısıyla, savcılığın bağımsızlığı ya da özerkliği nitelik bakımından mahkemelerinki kadar koşulsuz değildir. Savcılığın bir kurum olarak bağımsız olduğu durumlarda bile, başsavcı dışındaki savcıların kararları ve faaliyetleri için hiyerarşik bir kontrol söz konusu olabilir.

Demokratik toplumlarda savcılık kurumunun güçler ayrılığı içindeki konumuna ilişkin belirli bir model bulunmamaktadır. Bazı ülkelerde savcılık bütünüyle yürütmeden bağımsız bir kurum olarak tasarlanırken, Kıta Avrupası'ndaki bazı ülkelerde savcılık kurumunun Adalet Bakanlığı dolayımıyla yürütmeye bağlı olduğu gözlemlenmektedir. Ancak Venedik Komisyonu, savcılığın yürütmeye bağlı olarak tasarlandığı bu modelden Avrupa ölçeğinde güçlü bir uzaklaşma eğilimi olduğunu ve bu modeli uygulayan ülkelerin azınlıkta kaldığı tespitinde bulunmuştur.[802]

Ceza soruşturmalarının etkililiği sorunu cezasızlık olgusu bağlamında savcıların bağımsızlık ve tarafsızlığı söz konusu olduğunda daha da önem ve anlam kazanmaktadır. Savcıların etkili soruşturma yükümlülükleri bakımından bağımsızlık, karar verirken dışarıdan herhangi bir müdahaleyle karşılaşmama anlamına gelmektedir. Tarafsızlık ise savcılık görevinin yerine getirilmesinde hukuki ve olgusal dayanaktan yoksun olarak önyargılı bir şekilde taraflı davranmamak anlamına gelmektedir. Bu anlamda soruşturma sürecini de kapsayacak şekilde savcıların tarafsızlığını sağlamaya yönelik geliştirilmiş bir dizi ilkeden söz edilebilir. Buna göre savcılar:

- adil, tarafsız ve objektif bir davranma;[803]
- İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ile teminat altına alınan insan haklarına uyma ve bunların korunmasını sağlama;[804]

801 Bkz., Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu, "*Yargı Sisteminin Bağımsızlığına Dair Avrupa Standartları hakkında Rapor: Bölüm II – Savcılık Teşkilatı*", Strazburg – 3 Ocak 2011, [CDZ-AD(2010)040], §§ 20-21.

802 İbid., §§ 26-28.

803 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "*Ceza Adaleti Sisteminde Savcıların Rolü*"ne dair Rec(2000)19 sayılı Tavsiye Kararı, §24(a).

804 İbid., § 24(b).

- cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da diğer fikirler, ulusal ya da toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, mülkiyet, doğum, sağlık, özür ya da başkaca durumlar gibi herhangi bir sebepten kaynaklanan ayrımcılıktan kaçınma;[805]
- kanunlar önünde eşitliği sağlama, şüphelinin durumunu etkileyen gerek lehine gerek aleyhine olan tüm ilgili hususları araştırma;[806]
- hukuksuz yöntemlerle elde edildiğini bildikleri veya öyle elde edildiğine makul nedenlerle inandıkları delilleri şüpheliye karşı kullanmama;[807]
- yasada aksinin belirtildiği durumlar saklı kalmak kaydı ile sahip oldukları ve işlemlerin adilliğini etkileyebilecek her türlü bilgiyi taraflara sunarak, silahların eşitliği ilkesini gözetme;[808]
- tanıkların menfaatlerini uygun bir şekilde göz önünde bulundurma, özellikle hayatlarını, güvenliklerini ve özel hayatlarını korumak için tedbirler alma ya da alınmasını sağlama ya da alındıklarından emin olma;[809]
- mağdurların kişisel menfaatlerinin etkilendiği durumlarda, onların düşünce ve endişelerini uygun bir şekilde göz önünde bulundurma ve mağdurların hem hakları hem de yargılamanın gelişimi hususunda bilgilendirmelerini sağlayacak tedbirleri alma ya da alınmasını teşvik etme[810] yükümlülüğü altındadır.

Uluslararası hukukta ifadesini bulan bu ilkelerin biri dışında[811] Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) açık düzenlemesi bulunmamaktadır. Oysa bu ilkelere uygun olmayan tutumların ağır insan hakları ihlallerinin soruşturulması ve kovuşturulması sırasında cezasızlık pratiklerinin üretilmesine belirgin katkıları bulunmaktadır.

XII.1.c. Yapısal Sorunlar 3 – Yasalarla üretilen cezasızlık

Ağır insan hakları ihlallerine yol açan fiillerin ceza soruşturmasının konusu haline gelebilmesinin ön koşulu, bu eylemlerin ceza yasalarında suç olarak tanımlanmasıdır. Uluslararası hukuk, devletlerin insan haklarını koruma ya da gerçekleştirme amacına yönelik bütün uygun tedbirleri alma yönündeki pozitif sorumluluğunu yerine getirebilmesi bakımından ağır insan hakları ihlaline yol açan eylemlerin suç haline getirilmesi konusunda ısrarcıdır. Türk ceza adaleti sistemi ceza yasasında suç haline getirme bakımından özellikle sorunludur. Öte yandan suç olarak düzenlenmiş olunmasına rağmen yargılama usulündeki yapısal sorunlardan kaynaklı soruşturma ve kovuşturma engelleri de bir diğer yapısal cezasızlık kaynağıdır.

XII.1.c.i. İşkence ve kötü muamele

1980-2000 yılları arasında Türkiye'deki insan hakları örgütlerinin ve insan hakları savunucularının işkenceye karşı yoğun mücadelesi sonucunda yasal düzenlemelerde belirgin bir düzelme sağlanmış olsa da hala önemli eksiklikler söz konusudur. İşkencenin yanında kısaca

805 İbid., § 25.
806 İbid., § 26.
807 İbid., § 28.
808 İbid., § 29.
809 İbid., § 32.
810 İbid., § 33.
811 Bkz., Savcıya soruşturma sırasında delil toplarken şüpheli aleyhine olanlar kadar lehine olanları da toplama yükümlülüğü öngören CMK'nın 160/2. fıkra hükmü.

kötü muamele olarak adlandırdığımız insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezanın bir bütün olarak mutlak yasak kapsamında olmasına rağmen, kolluğun orantısız güç kullanımına bağlı eylemlerin TCK'da işkence ve kötü muamele fiilleri ile bağlantısı kurulmaksızın düzenlenmesi, uygulamada sorun yaratmaktadır. İşkence ve kötü muamelenin mevzuatta uluslararası hukuk standartlarına uygun bir çerçeveye kavuşması önemli olmakla birlikte aşağıda örnekleriyle görüleceği üzere uygulamada yargı mercilerinin bu standartlara uygun bir anlayışı içselleştirmesinin önündeki engeller nedeniyle cezasızlığın önlenmesine etkisi oldukça sınırlı kalmaktadır.

XII.1.c.ii. Yargısız ve keyfi infazlar

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesi, herkesin yaşam hakkına sahip olduğunu belirtmekte; ancak "meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır" ibaresiyle kamu görevlilerinin ölümcül güç kullanması yetkisi veren istisnalara yer vermektedir. Ancak bu istisnaların uluslararası insan hakları sözleşmelerince yaşam hakkına yönelik mutlak nitelikteki keyfi öldürme yasağın aradığı sıkı koşullara açık uyumsuzluklar taşımaktadır.

Söz konusu maddenin ya da Anayasa'da yer alan diğer maddelerin, yaşam hakkından keyfi olarak yoksun bırakmayı yasaklayan açık hükümler içermediği, yaşam hakkının askıya alınamayacağı ilkesine atıfta bulunmadığı ve zorunluluk ve ölçülülük ilkelerinin uluslararası insan hakları hukukunca nasıl yorumlandığını belirtmediği göz önüne alınırsa, 17. maddenin, yaşama hangi koşullarda son verilebileceğine dair yetersiz bir anlayışa sebep verecek kadar geniş bir şekilde yorumlanması tehlikesi yaratmaktadır.

Kolluk kuvvetlerince güç kullanımına ilişkin ilgili iç hükümler 2007 yılında 5681 sayılı Kanunla değiştirilen 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve ilgili yönetmeliklerde yer almaktadır. Bu hükümler kolluk kuvvetlerine, direnme ya da kaçma hallerinde kullanacakları ve uluslararası hukukta izin verilen yetkilerin çok ötesine geçen, keyfi öldürmelere kapı aralayan muğlak ve geniş yetkiler vermektedir.

Burada Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun değişik 16. maddesinin 7(c) fıkrası, özellikle yaşama yönelik hiçbir tehditte bulunmayan ve kaçan bir şüphelinin yakalanmasını sağlamak gibi amaçlar için ölümcül güç kullanımına olanak tanımaktadır. Söz konusu 7(c) fıkrasında her ne kadar kullanılacak gücün orantılı olması gerektiği öngörülmüş olsa da bu orantılılık yaşamı koruma amacını değil, kişinin yakalanması amacıyla gündeme getirilmiştir.

Burada dikkat edilmesi gereken bir başka konu, aynı maddede polisin öncelikle "dur" ihtarında bulunmak ve havaya ateş açmak şeklinde ön koşulların bulunması gerektiğine yönelik düzenlemedir. Burada polis dur ihtarından sonra yakalama amacıyla şüpheli kişiye karşı silah kullanma yetkisine kavuşmaktadır. Söz konusu ihtarın usulü ve bu ihtarın yapılacağı koşullar yeterli belirlilikten uzaktır ve durumun değerlendirmesi polis memurunun o anki takdirine bırakılmıştır. Bu durumda yaşamı koruma gerekliliğine değinilmemesi ve dur ihtarı usulündeki belirsizlik, oldukça tehlikeli sayılabilecek bir genişlikte ölümcül güç kullanma yetkisi vermekte ve hukuksuz öldürmelere zemin hazırlamaktadır. Yargıtay'ın içtihatları da bu zemini güçlendirici bir etkide bulunmaktadır.

Benzer bir durum toplumsal olaylarda polisin göz yaşartıcı gaz fişeklerini kullanımıyla gerçekleşen çok sayıda ölüm ve yaralama vakası yaşanmasının ardından bir dizi davada, bu tür olaylarda görevlendirilen çevik kuvvetin bu tür silahları kullanması konusunda herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı ortaya çıkmıştır.[812] Biber gazı ve göz yaşartıcı gaz gibi "daha az ölümcül" olarak da adlandırılan silahlar, ölümlere sebebiyet verecek aşırılıkta kullanılması halinde, ölümcül güç kullanımı anlamına gelir. Bu tür bir güç kullanımı, güvenlik birimlerince kullanılan diğer bütün silah kullanımlarında da geçerli olduğu üzere, uluslararası insan hakları hukuku bağlamında aynı orantılılık ve gereklilik ilkelerine tabidir.[813]

XII.1.c.iii. Zorla kaybetme

İnsan hakları hukuku uyarınca ağır insan hakları ihlalleri arasında sayılan ve genellikle birden fazla insan hakkını ihlal etmesi ile karakterize olan sui generis bir eylem olduğunda tartışma bulunmayan zorla kaybetme fiiline özgü bir suç kategorisinin TCK'da düzenlenmemiş olması, bu insan hakları ihlali bakımından yapısal sorunların en başında gelen sorundur. Bu durum özellikle en ağır insan hakları ihlallerinden biri olduğu konusunda uluslararası insan hakları mahkemelerinin üzerinde uzlaştığı bir suç olan zorla kaybetme eyleminin etkili bir şekilde soruşturulması ve yargılanmasına yönelik özel zorluklar doğurmaktadır.

Zorla kaybetme suçu, öncelikle kamu görevlileri ya da onların gözetimi, onayı ya da hoşgörüsüyle üçüncü kişiler tarafından işlenebilecek bir suçtur. *Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunması Uluslararası Sözleşmesi*'nin 4. maddesi, zorla kaybetmenin ulusal ceza mevzuatlarında özel bir suç olarak düzenlenmesini şart koşmaktadır. Bunun yanında ceza sorumluluğunun suçu işleyen, emri veren, azmettirenlerin yanında iştirak ve teşebbüsü de içerecek şekilde tanımlanması zorunludur. Tanımda emri veren amirlerin sorumluluğu açıkça düzenlenmelidir. Yine bu suçun kamu görevlisi olan failleri için herhangi bir idari izin olmaksızın doğrudan ve resen soruşturma başlatma yetkileri savcılara verecek şekilde düzenleme yapılmalıdır. Son olarak zorla kaybetme suçu, bugün uluslararası hukukta yaygın ve sistematik bir uygulama olmasının aranmasına gerek olmaksızın insanlığa karşı suç kategorisinde sayıldığından zamanaşımı, suçun ağırlığıyla orantılı uzun bir süre olarak belirlenmeli ve zamanaşımı süresi zorla kaybetme eylemi sona erdikten başka bir ifadeyle mağdurun akıbeti hakkında bilgi sahibi olunmasından itibaren başlatılmalıdır.[814] Bütün bu eksiklikler, kendi başına suçun etkili bir şekilde soruşturulmasını imkansız kılan bir içeriğe sahiptir ve bu yönden bir insan hakkı ihlali anlamına gelmektedir.

Halihazırda zorla kaybetme fiiline ilişkin olarak savcılar kamu görevlisi olmayanların da işleyebileceği Türk Ceza Kanunu'nun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemine ilişkin 109. maddesi uyarınca soruşturma başlatmaktadır. Bu suça karışmış kamu görevlilerinin soruşturulması, eğer öldürme fiilinin adli görev sırasında gerçekleştiği ya da işkence ve eziyete tabi tutulduğu ortaya konulamıyorsa idari izne tabidir. Yine bu fiil için öngörülen ceza da fiilin ağırlığıyla orantılı olarak kabul edilemeyecek bir cezadır. Ayrıca bu suç için öngörülen zamanaşımı süresi de mütemadi suç niteliğinde olmasına rağmen bu durum dikkate alınmaksızın suçun basit hali için 8, nitelikli hallerinde ise 15 yıllık zamanaşımı süreleri işletilmektedir.

812 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 16 Temmuz 2013 tarihli *Abdullah Yaşa ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [44827/08], §§ 48 ve 61.

813 Bkz., Birleşmiş Milletler Yargısız, Kısayoldan ve Keyfi İnfazlar Özel Raportörü Christof Heyns'in Türkiye Ziyaretine ilişkin 18 Mart 2013 tarihli Raporu, UN Doc. A/HRC/23/47/Add.2.

814 Bkz., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nce hazırlanan İrade Dışı ve Zorla Kaybetmeler Çalışma Grubu'nun Genel Yorumları Derlemesi, https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disappearances/Pages/GeneralComments.aspx.

XI.1.d. Kamu görevlilerine yasalarla getirilen imtiyazların etkili soruşturma yükümlülüğüne yönelik cezasızlık etkisi

XII.1.d.i. Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında 4438 sayılı Kanun

Türkiye'de cezasızlık bağlamındaki yapısal sorunların başında kamu görevlilerinin soruşturulması ve yargılanmasına getirilen bir bariyer olarak işletilen izin sistemi gelmektedir. Anayasa'nın 129. maddesi ile bu maddeye dayanan *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında* 4438 sayılı *Kanun* bu izin sisteminin ceza yargılama hukukunun evrensel ilkelerinden, özellikle de "*ceza yargılamasının tekliği*", "*yargılama birliği"* ilkesinden önemli bir sapmadır.[815]

Bu anlamda özellikle ağır insan hakları ihlallerine karıştığından şüphelenilen olaylarda yürütülen soruşturmalar bakımından önemli görülen 4438 sayılı Kanun'un bazı hükümlerine yakından bakmakta yarar bulunmaktadır. Buna göre:

> *Kapsam*
>
> **Madde 2 –** Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.
>
> Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.
>
> Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir.
>
> Disiplin hükümleri saklıdır.
>
> (Ek: 2/1/2003-4778/33 md.) 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154'üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz.

Kanunun 2. maddesinin son fıkrası hükmü yeni Ceza Kanunundaki 94 (işkence) ve 95 (neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence). maddeler ile 256. (zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması) maddelere karşılık gelmektedir. Burada dikkat çekici olan, salt işkence ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçunun izin sisteminin dışında bırakılmış olması; ama aynı ölçüde önemli ve mutlak yasak kapsamında kalan insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaya ilişkin fillerin ise izne tabi olmayı sürdürmesidir. Öte yandan, yargısız ya da keyfi infazlara ya da zorla kaybetme gibi vahim eylemlere karıştığından şüphelenilen kamu görevlilerinin soruşturulmasının eğer suçüstü hali söz konusu değilse izne tabi olmayı sürdürmesidir.

Kanunun 2. maddesinin son fıkrasında sayılan ceza maddeleri yönünden çözüme kavuştuğu sanılabilir. Ancak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 2008 1 Mayıs'ında gösteri yapmak isteyen bazı sendika ve tabip odası başkanlarına yönelik aşırı güç kullanılması nedeniyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin diğerlerinin yanında işkence ve kötü muamele yasağını

815 Bkz., Bülent Tarhan: "*Ceza Usul Hukuku Açısından Türkiye'de ve Dünyada Hesap Verebilirlik ve Cezasızlık Boyutuyla Kamu Görevlilerinin Yargılanma Ayrıcalıkları*", Tesev, İstanbul – Nisan 2017, s. 28-46.

öngören 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tartışma konusu olduğu *Süleyman Çelebi ve Diğerleri v. Türkiye* kararında, 4438 sayılı Kanunun 2. maddesinin son fıkrasında öngörülen istisna hükmüne uyulmayarak sorumluların soruşturulmadığını tespit etmiştir.[816]

İkinci sorunlu durum Kanunun 4. maddesinin 3 ve 4. fıkraları bakımından ortaya çıkmaktadır. Anılan hükümler aşağıdaki gibidir:

> Olayın yetkili mercie iletilmesi, işleme konulmayacak ihbar ve şikayetler
>
> **Madde 4** – (1) [...]
>
> "(3) Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddî bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur.
>
> (4) Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler, Cumhuriyet başsavcıları veya izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyette bulunana bildirilir."

Kanunun 4. maddesinin 3 ve 4. fıkralarına ilişkin olarak yetkililer, bu fıkra hükümlerine dayanarak ağır insan hakları ihlallerine dair ihlal iddialarını içeren ihbar ve şikâyetleri işleme koymakta gönülsüzlük gösterdikleri gözlemlenmektedir. İdarenin işleme koymama kararlarına karşı mağdurların açtıkları iptal davaları 2016 yılına kadar "*işleme koymama kararına karşı bir itiraz yolu öngörülmediği*" gerekçesiyle reddedilmiştir. Söz konusu pratik, başta devletin derhal ve resen soruşturmaya başlama yükümlülüğü olmak üzere, etkili soruşturma yapılmasının önünde engel teşkil ediyordu ve kamu görevlilerinin karıştığı ihlallerle ilgili vakalarda cezasızlık sorununa neden oluyordu.

Meclis, 2016 yılında 4438 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesine, soruşturmaya izin vermeye yetkili merciler tarafından verilen işleme koymama kararına karşı da şikâyetçilerin itiraz yoluna gidebileceği hükmünü eklemesiyle idare mahkemelerinin bu bahanesine son verildi.

Ancak yeni 9. maddede idarenin bu kararına karşı itiraz incelemesinin sonuçlandırılması için azami bir süre öngörmemiş olması soruşturmaya derhal başlanması yükümlülüğü karşısında bu durum ihlal oluşturabilecek bir gri alan gibi durmaktadır. Başka bir ifadeyle, özellikle işkence, yaşam hakkı ihlali gibi ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda son derece kritik sonuçları olan soruşturmaya derhal başlanmaması durumunda, özellikle delillerin derhal toplanmasının kritik önemde olduğu suçlarda devletin etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edilmesi kaçınılmazlaşmaktadır. Bu bakımdan örneğin bir kamu görevlisi hakkında soruşturmaya izin verilmemesi ve bu karara karşı itirazın uzun süre sürüncemede bırakılması halinde, soruşturmanın derhal başlayamaması ve delillerin etkili bir şekilde toplanamaması gibi bir sorun hâlâ olasılık dahilindedir.[817]

---

816 Bkz., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 24 Mayıs 2016 tarihli *Süleyman Çelebi ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [37273/10,...,39030/10], §89; benzer başka tespitler için ayrıca diğerlerinin yanında 24 Mart 2014 tarihli *Karahan v. Türkiye* kararı, [11117/07], § 45. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları bakımından 4438 sayılı Kanunun kamu görevlilerinin yaşam hakkı ihlanine ilişkin soruşturma engeli yaratmasını ihlal olarak tespit eden Anayasa Mahkemesi'nin 7 Kasım 2013 tarihli *Mehmet Ali Emir ve Diğrleri (Bayram Oteli)* kararı, [2012/850], §69; ayrıca işkence bağlamında bkz., 21 Nisan 2016 tarihli *Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tinaş* kararı, [2013/7907], §§ 117-119.

817 4483 sayılı Kanunla ve bu Kanunun atıf yaptığı başka Kanunlar uyarınca şüpheli sıfatı taşıyan kamu görevlileri hakkında soruşturmalarda getirilen izin sisteminin cezasızlık bakımından yarattığı sorunlara yönelik son derece kapsamlı bir inceleme için bkz., "*Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci*", Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, sf. 46 – 91.

XII.1.d.ii. İl İdaresi Kanunu

Yasa ile getirilen bir başka yargılama engeli, 23.06.2016 tarihli 6722 sayılı Kanunun 12. maddesiyle 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesine eklenen (J) fıkrasıyla getirilen düzenlemedir. Bu düzenleme ile belirli koşullar altında askeri birliklerin kolluk görevini ifa etmesinin önü açılmıştır. Buna göre:

- Genel kolluk kuvvetlerinin imkân ve kabiliyetlerini aşan durumlarda terörle mücadele için gerekli olması veya terör eylemlerinin kamu düzenini ciddi şekilde bozması hâlinde, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Cumhurbaşkanı kararıyla Türk Silahlı Kuvvetleri görevlendirilebilecek;
- Türk Silahlı Kuvvetleri personelinin bu fıkra kapsamındaki faaliyetleri askerlik hizmet ve görevlerinden, bu faaliyetler sebebiyle işlendiği iddia edilen suçlar ise askeri suç sayılacak;
- Türk Silahlı Kuvvetleri personeli dışındaki memur ve diğer kamu görevlilerinin bu fıkra kapsamındaki görev ve faaliyetleri sebebiyle işledikleri iddia edilen suçlarla ilgili olarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanacak;
- Bu suçlar sebebiyle *soruşturma izni verilene kadar* yakalama, gözaltı ve tutuklama tedbirlerine başvurulamayacak;
- Bu fıkradaki görevler yerine getirilirken, görevin niteliği gereği veya ifası sebebiyle verilen zararlar Devlet tarafından tazmin edilecek ve bu kapsamdaki görevlerin yerine getirilmesi sırasında Türk Silahlı Kuvvetleri personeli ile mülki idare amirleri, kolluk kuvvetleri ve diğer memurlar ve kamu görevlilerinin kararları, işlemleri ve faaliyetleri sebebiyle (kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk halleri de dâhil) tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilecek;
- Bu fıkra kapsamındaki görevler yerine getirilirken görevin niteliğinden doğan veya görevle ilgili olmak şartıyla görevin ifası sırasında işlendiği iddia olunan suçlardan dolayı:
    - Adli yargının görevine girdiğinden bahisle asker kişiler hakkında soruşturma yapılması; Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları için Cumhurbaşkanının, diğer personel için Millî Savunma Bakanının, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanı ile bu komutanlıklardaki diğer personel için İçişleri Bakanının iznine tabi olacak;
    - Kanunlardaki özel hükümlerin yetki verdiğinden bahisle Cumhuriyet savcılarınca memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında doğrudan soruşturma yapılması; İçişleri Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatlarında görevli olanlar ile valiler için İçişleri Bakanının, bölge veya ilde görevli olanlar ile kaymakamlar için valinin, ilçede görevli olanlar için kaymakamın iznine tabi olacaktır;
- Son olarak (J) fıkrasının beşinci ve altıncı bentlerde yer alan askeri suç sayılması ve izin düzenlemesiyle tazminata ilişkin hükümler, geçici köy korucuları ve gönüllü korucular ile bu maddenin (D) fıkrası uyarınca görevlendirilen Türk Silahlı Kuvvetleri personeli hakkında da uygulanacaktır.

Yukarıda açıklanan yasa düzenlemesi, kolayca fark edileceği üzere, terörle mücadele çerçevesinde yürütülecek operasyonlarda görev alacak askeri personel ile bu personelin emir ve komutası altındaki paramiliter güçlere yönelik tam bir cezasızlık getirmeyi amaçlamaktadır. Nitekim, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, 10 Mart 2017 tarihli basın açıklamasıyla duyurduğu, Türkiye'nin güneydoğusundaki insan hakları durumuna ilişkin Temmuz 2015 – Aralık 2016 tarihlerindeki durumu kapsayan raporda, bu yasa değişikliği silahlı kuvvetler mensuplarına cezasızlık zırhı getirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.[818]

XII.1.d.iii. 1481 Sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun

Cezasızlık üreten yasal düzenleme sorunlarından bir diğeri *Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında 1481 sayılı Kanun*'da yer almaktadır. Bu Kanun'un cezasızlık bağlamında yarattığı sorun 3. maddesinde öngörülmektedir. Buna göre, ateşli silah kullanımı sonucu ortaya çıkan ihlal iddialarının soruşturulmasında bu silahı kullanan faile açığa alma işten el çektirme işleminin uygulanmayacağı açık bir şekilde hükme bağlanmıştır. Ağır insan hakları ihlalleri faili olduğundan şüphelenilen kamu görevlilerinin bağlı oldukları kurumdan el çektirilmemelerini; suçlu bulunmaları halinde görevlerine son verilmemesini etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlali olarak gören İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları karşısında düzeltilmesi gereken hukuki (de jure) cezasızlık yaratan bir sorun olduğu açıktır.

XII.2. Türk ceza yargılaması uygulamasında üretilen cezasızlık pratikleri

XII.2.a. Soruşturmaların bağımsız bir adli kolluk tarafından yürütülmesinde yaşanan güçlükler

Türkiye'de ceza soruşturmasının aslen yürütmenin icrai bir kolu olan İçişleri Bakanlığı'na bağlı bir polis ve jandarma tarafından yürütülmesi, özellikle faillerin ezici çoğunluğunun bu kurumların mensuplarının oluşturduğu ağır insan hakları ihlallerinin soruşturulmasındaki tarafsızlıkları yoğun eleştiri konusu olmuştur. Ancak konunun Türkiye'deki cezasızlık pratiklerinin üretilmesindeki rolünden kaynaklanan önemine uygun bir ciddiyetle durulduğu söylenemez.

Gerçekten de bu yöndeki eleştiriler sonucu savcılığa doğrudan bağlı bir adli kolluk yapılanması 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) hazırlık çalışmalarında gündeme gelmiş; ancak İçişleri Bakanlığı'nın yoğun muhalefeti karşısında geri adım atılarak, soruna CMK 161. maddesinin 2. fıkrası ve 164. maddeleriyle adli kolluğun savcılık makamından ve onun emir ve talimatlarından bağımsız bir soruşturma yürütmesi olanağının ortadan kaldırılması suretiyle çözüm getirilmeye çalışılmıştır.[819] Bu hükmün bir sonucu olarak savcılığın adli kolluk üzerindeki otoritesini sağlamlaştırmak adına CMK 166. maddesiyle savcılığa adli kolluk üzerinde adli kolluk amirlerine ilişkin değerlendirme raporları hazırlamak suretiyle bir çeşit idari denetim mekanizması da oluşturulmuş görülmektedir. Ancak bu konuda da dikkate değer eksiklikler ve uygulamadan kaynaklanan eleştiriler söz konusudur.

Yine CMK 161 ve 164. maddelerle getirilen sistemle ve polislikten anlayan "savcı yardımcıları" ya da savcılığa bağlı, savcılıkla adli kolluk arasındaki koordinasyonu yönetecek bir ara yapı oluşturmadan böylesi bir çözüme gidilmesinin uygun olmadığı; böylesi bir çözümün savcıyı polise dönüştürdüğü, bununsa savcılığın iş yükünü gereksiz şekilde artırdığı söylen-

818 Bkz., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin Şubat 2017 tarihli: "*Report on the human rights situation in South-East Turkey July 2015 to December 2016*", § 10. Raporun bütününe internette https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID =21342&LangID=E linki üzerinden ulaşılabilir.

819 Savcılıkların soruşturmalardaki bağımsızlıklarını bir nebze olsun güvence altına alan bu düzenlemeler 17-24 Aralık süreçleri sonrasında yapılan bir takım düzenlemelerde sulandırılmış ve önemli ölçüde etkisiz hale getirilmiş durumdadır.

mektedir.[820] Ancak savcılık-adli kolluk ilişkisinin soruşturmaların bağımsızlığına katkısına ilişkin farklı bakış açıları da söz konusudur. Bir görüşe göre, savcı-kolluk ilişkisinin düzenlenmesinin bir biçimi olarak bütünüyle savcılığa bağlı bir adli kolluk oluşturulması çözümü güç bir konudur. Bu ilişkinin düzenlenmesinde adli kolluğun doğrudan Adalet Bakanlığına bağlı bir yapı olarak kurgulandığı (*"Police judiciaire des parquets"*) Belçika ve savcılık bürosuna soruşturmacıların atandığı (*"Sezioni di polizia giudiziaria*") İtalya örneklerinde görüldüğü gibi farklı ülke tercihleri ve çözümleri söz konusudur. "*Ancak, idari çözüm ne olursa olsun, polisin yaptığı işin savcı tarafından gerçek bir denetime tabi tutulması gerekmektedir ve bu da adli kolluk birimlerinin uzmanlaşarak, savcılık birimleri ile daha yakın mesleki işbirliği sağlanması, görev ve uzmanlıkların paylaşılmasını gerektirmektedir. Burada altı çizilmesi gereken husus yapısal reformlardan ziyade savcı-kolluk ilişkisinin güçlendirilmesinin önemli olduğudur.*" Bu bağlamda, kolluk ile savcılık arasında yakın bir işbirliği olmasının her iki taraf için etkileşimli ve öğretici olduğu; böylelikle polisin hukukun temel ilkelerini anlamasını ve bu ilkelere saygı göstermesini, savcının ise soruşturmanın yer aldığı koşulların iç yüzünü gerçekçi bir şekilde anlamasının sağlanacağı; ancak burada sorunun çözümünde anahtar unsurun kolluğun zayıflatılması değil, hukuka bağlılık ve insan haklarına saygısının artırılmasında olduğu vurgulanmıştır. [821]

Dolayısıyla yürütmeden bağımsız bir adli kolluk meselesinde önerilen çözümlerin her ne kadar bağımsız, tarafsız ve etkili bir soruşturma yürütülmesi bakımından merkezi bir önemi olduğunu kabul etsek de, meselenin savcılık makamı insan haklarına dayalı bir anlayışı içselleştirmiş, doğasına uygun bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerinin güçlendirildiği yapıya kavuşturulmadan anlamlı sonuçlar üretmesini beklemenin gerçekçi olmadığı unutulmamalıdır. Etkili başvuru yolu ve adil yargılanma hakları çerçevesinde insan haklarına uygun bir soruşturma düzeni oluşturulabilmesi için gerek savcılık gerekse kolluk birimlerinin birlikte bütüncül bir yaklaşımla ele alındığı ve insan haklarına saygı ve özellikle adil yargılanma hakkının doğasına yabancı dış etkilerden olabildiğince bağımsız; ancak hesap verebilir bir kurumsal yapıya gerek bulunmaktadır. Etkili, bağımsız ve tarafsız bir soruşturma bakımından adli kolluk sistemi üzerinde uzlaşmanın sonucu olarak ortaya çıkan bugünkü CMK sisteminin etkili ve yeterli olmadığı, cezasızlık pratiklerinin hız kesmemesinden de anlaşılmaktadır.

XII.2.b. Soruşturma dosyalarına erişimin kısıtlanması kararları

Devlet görevlilerinin karıştığından şüphelenilen ağır insan hakları ihlallerinin soruşturulduğu davalarda bu dosyalara erişimin kısıtlanması kararları verildiğine tanık olunmaktadır. Bu sorun, devletin etkili soruşturma yükümlülüğünün "saydamlık" unsuru ile ilgilidir. CMK'nın 157. maddesi, soruşturmanın gizliliği ilkesini teyit etmektedir. Bu ilkenin istisnaları "*kanunun başka hüküm koyduğu hâller*" ile "*gizliliğin savunma haklarına zarar vermesi*" olarak düzenlenmiştir. Öte yandan CMK'nın 153. maddesinde "*müdafi, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir*" denilerek savunma hakkına ilişkin güvence pekiştirilmiştir. Soruşturma dosyasına suçtan zarar gören "*mağdur*" tarafın da erişimi CMK 153. maddenin 5. fıkrasıyla güvence altına alınmıştır.

820 Bkz., Asım Kaya: "*Cumhuriyet Savcısının Etkin Soruşturma Yapma Görevi*", Seçkin Yayınları, Ankara – 2020, 146.

821 Bkz., Marcel Lemonde: "*Türk Ceza Adalet Sistemi İhtiyaç Değerlendirme Raporu – Eylem İçin Tavsiyeler*", Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Aralık 2013, §§ s.23. Bu raporun 88. paragrafında uzman tarafından: (a). uzmanlaşmış adli kolluğun pratikte savcılık bürosuna yakın olması, (b). savcılık bürolarının adliye binasının dışına çıkarılması ve (c). ideal olarak adli kollukla aynı binada yer alması tavsiyesinde bulunması Türkiye örneğinde yaşanan deneyimler dikkate alındığında üzerinde dikkatlice düşünülmesi, tartışılması ve değerlendirilmesi gereken çözümlerdir.

Soruşturma dosyasına erişimin hangi hallerde kısıtlanabileceği CMK 153. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre "Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir".

Görüldüğü üzere kısıtlama kararı, her suç soruşturmasında uygulanabilecek bir usul olmayıp, 153. maddenin 2. fıkrasının (a) ila (d) bendlerinde sayılan suçlara ilişkin soruşturmalarda uygulanabilir. Buna göre, işkence ve kötü muamele ile ilişkili olabilecek suçların soruşturmalarında kısıtlama kararı verilemeyeceği unutulmamalıdır. Buna karşın işkence yasağının ihlali olarak değerlendirilebilmesi muhtemel cinsel suçlar kısıtlama kararı alınabilecek suç soruşturmaları arasında sayılmıştır.[822] Öte yandan yaşam hakkı ihlalleriyle bağlantılı olarak sorun oluşturabilecek kasten öldürmeye ilişkin TCK'nın 81, 82 ve 83. maddeleri yönünden yapılacak soruşturmalar, kısıtlama kararı alınabilecek suçlar arasında sayılmıştır. Cezasızlık bağlamında mağdurların ve ailelerinin bu tür suçlara ilişkin soruşturmalara katılımının güvence altına alınmasını sağlamaya dönük ek düzenlemelere ihtiyaç bulunduğu açıktır.

Genel ve soyut olarak soruşturma dosyasına erişimi kısıtlamaya ilişkin düzenlemenin Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin öngördüğü etkili soruşturma yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğunu söylemek güçtür. Kısıtlama kararları bazı durumlarda soruşturmanın doğru bir yönde ilerleyebilmesi için zorunlu olabilir. Ancak böylesi kararlar meşru amaçlara sahip olmalı ve yeterli bir şekilde gerekçelendirilmiş bir hakim kararına dayanmalıdır. Buna karşın CMK 153. maddesinin 2. fıkra düzenlemesinin ağır insan hakları ihlalleri bağlamında yürütülen soruşturmalar bakımından "mağdur ve yakınlarının" dosyaya erişimlerinin ilgili ve yeterli meşru gerekçeler olmaksızın kısıtlanmasına yönelik uygulanması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa ihlali anlamına gelebilir.

XII.2.c. Faile ihlalin ağırlığıyla orantılı ceza verilmemesi

Ağır insan hakları ihlalleri bakımından ihlal oluşturan eylemin failine ihlalinin ağırlığıyla orantılı bir cezaya çarptırılmaması da cezasızlık anlamına gelir. *Cezasızlığa Karşı Güncellenmiş İlkeler Demeti*'nin cezasızlık tanımında bu durum faile uygun bir ceza verilmemesi şeklinde açıkça belirtilmektedir.

Türkiye'de ağır insan hakları ihlallerinin faillerine yeterli ceza verilmemesi uygulamada asıl olarak yargısal makamların kamu görevlisi olan failleri kollama eğiliminden kaynaklanmaktadır. Bu eğilimin farklı görünümleri bulunmaktadır.

XII.2.c.i. Soruşturma evresindeki eksikliklerin kovuşturma evresine taşmasının sonucu üretilen cezasızlık pratikleri

Öncelikle, ister bilinçli isterse bilinçsiz olsun soruşturma ve kovuşturmada gerçekleşen özensizlik ve yetersizlikler, yargılama süreçlerinin uzamasına ve sonunda davaların zamanaşımı ile düşmesine yol açması söz konusu olabilmektedir. Türkiye'deki ceza yargılamalarının kronik sorunlarından biri, savcılıkların yeterli ve tam bir soruşturma yapmadan iddianame düzenlemelerinin bir sonucu olarak soruşturma işlemlerinin kovuşturma aşamasına taşması oluşturmaktadır. Soruşturma evresinde savcılıkça eksik bırakılan işlemler, mahkemelerce tamamlanmaya çalışılmakta, bu durum da ceza kovuşturmasının tek bir oturumda bitirilmesi yerine çok sayıda oturuma yayılan bir kovuşturma değil, soruşturma sürecine dönüşmesine yol açmaktadır. Öte yandan delillerin "küçük dozlar" halinde toplandıkça kovuşturmanın öznelerine sunulması muhakeme sürecini olumsuz etkilemekte; duruşma-

822 Bkz., CMK'nın 153. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinin (1) ve (2) sayılı alt bendleri.

ların kesintili ilerlemesi ise yargıcın sağlam bir hüküm vermesi için gerekli zihinsel sürecin sağlıklı işlemesine zarar vermektedir.[823]

Yargılama sürecini uzatan kronik sorunlardan bir diğeri de savcılıkların olayları ve eylemleri ayrıştırıp yeterli bireyselleştirme yapmadan fazla sayıda sanıklı davalar açma alışkanlıklarıdır.[824] Savcılıkların bu tarz çok sanıklı dava açma geleneğinin yarattığı sorunlar üzerinde daha fazla durulmayı hak etmektedir. Ancak Rehberin konusu ve amaçlarının yarattığı kısıtlılık nedeniyle bu konuya daha fazla yer ayrılmayacaktır.

XII.2.c.ii. Ağır insan hakları ihlalleriyle ilgili kovuşturma süreçlerinde üretilen üç ana cezasızlık olgusu: cezaların ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve zamanaşımı uygulamaları

Bir diğer sorunlu uygulama kamu görevlilerinin karıştığı olaylarda iddianamelerin düşük ceza gerektiren suçlar yönünden düzenlenmesi eğilimidir. Bu uygulamaya özellikle TCK'nın 94. maddesi uyarınca işkence tanımına uyan eylemleri gerçekleştiren kamu görevlilerine daha az ceza öngören "*zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması*" eylemini düzenleyen TCK'nın 256. maddesi uyarınca dava açılması ve kovuşturmanın bu şekilde yürütülmesi şeklinde sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu gibi hallerde, kamu görevlisinin daha önce bir suç işlememiş olması, duruşmalarda gösterdiği iyi hali de göz önünde tutularak takdiri indirim nedenleri uygulanmakta, sonuç ceza iki yılın altına indiğinden CMK'nın 231. maddesinin 5'inci fıkra hükmü uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmektedir.[825]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi cezasızlık bağlamında hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulamasını ilk olarak 5 Haziran 2012 tarihinde *Eski v. Türkiye* kararında incelemiştir. Avrupa Mahkemesi, yerel mahkemenin işkence ve kötü muamele yasağına aykırı olarak kamu görevlilerinin eylemini sabit görmesine rağmen hafifletici nedenleri uygulayarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verdiğini tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre, "*Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde öngörülen, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ilkesi, cezanın infazının ertelenmesinden daha güçlü bir etkiye sahiptir ve sanıkların cezadan muaf tutulması ile sonuçlanmaktadır. Bunun nedeni, ilkinin uygulanması, suçlunun erteleme hükmüne uyması koşuluyla, kararı ceza dahil olmak üzere tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırmakta, ancak ikincinin uygulanması halinde ne karar ne de karara dayalı mahkumiyetin varlığı sona ermemektedir. Bu nedenle Mahkeme, incelenen yerel mahkeme kararının, hakimlerin, hukuka aykırı ciddi davranışlara hiçbir şekilde göz yumulamayacağını göstermekten çok, bu tür davranışların sonuçlarını aza indirmek için kendi takdir yetkilerini kullandıklarını göstermektedir*".[826]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ağır insan hakları ihlalleri bakımından erteleme ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması arasında sonuçları yönünden yaptığı bu ayrım, Mahkeme'nin böylesi davalarda erteleme uygulamasına kapı araladığı şekilde anlaşılmamalıdır. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bu kararından daha sonra 13 Ocak 2015 tarihinde verdiği *Uğur v. Türkiye* kararında, aralarında ertelemenin de olduğu yaşam hakkıyla bağlantılı olarak kamu görevlilerinin yargılandığı davalarda birbirinin benzeri üç tür cezasızlık uygulamasının varlığını tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre birinci tür cezasızlık

823 Marcel Lemonde, "Türk Ceza Adaleti Sistemi İhtiyaç Değerlendirme Raporu ve Eylem İçin Tavsiyeler", § 144.

824 İbid., §147.

825 Tolga Şirin, "*Türkiye'de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21 Özel S. 2019., s. 1585.

826 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 5 Haziran 2012 tarihli *Eski v. Türkiye* kararı, [8354/04], §36.

yaratan uygulama, 4616 sayılı Kanunla getirilen 23 Nisan 1999 öncesi kolluk görevlilerinin işlediği suçlardan dolayı açılan kamu davalarının ertelenmesi sonucu gerçekleşen erteleme uygulamasıdır. Mahkeme bu düzenleme ile gerçekleşen uygulamayı örtülü bir af uygulaması olarak nitelemiş ve fiili cezasızlık anlamına geldiğini söylemiştir.[827]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin tespit ettiği ikinci tür cezasızlık yaratan uygulama, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde 2008 yılında yapılan bir değişiklik uyarınca, sanık hakkında hükmolunan cezanın iki yıldan daha az süreli hapis cezası olması halinde, yerel mahkemelerin şikayet konusu ihlalin ağırlığını göz önüne almadan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermeleridir. Mahkeme, bu tür davalarda "*kolluk görevlilerine, kötü muamele veya hukukdışı adam öldürme suçlarından dolayı verilen cezaların, ilk derece mahkemelerince önce iki yılın altına indirildiğini ve daha sonra verilen ceza hükmünün tamamının açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğini*" gözlemlemiştir. Mahkeme'ye göre, "*hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, cezanın infazının ertelenmesinden daha güçlü bir etkiye sahip olduğu ve faillerin cezasız kalmalarına yol açmaktadır*". Dolayısıyla bu tür uygulamalar, ulusal yargıçların takdir yetkilerini, son derece ağır hukukdışı fiillere hiçbir şekilde hoşgörü gösterilmeyeceğini kanıtlamaktan çok bu tür fiillerin sonuçlarını en aza indirmek yönünde kullandıklarını göstermektedir.[828]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin tespit ettiği üçüncü tür cezasızlık uygulaması, kolluğun kötü muamele ve hukukdışı adam öldürme fiilleriyle ilgili soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde, ulusal mercilerin, özen ve hızlılık koşuluna aykırı tutumları yüzünden, zaman aşımı süresinin dolması sonucu davaların zamanaşımına uğratılmasıdır. Mahkeme burada daha önce önüne gelen ve polis tarafından on üç başvurucunun ağır şekilde kötü muameleye tabi tutulduğu *Batı ve Diğerleri v. Türkiye* davası ile *Abdülsamet Yaman v. Türkiye* davalarında yaşananları örnek göstererek, bu yargılamalarda ilk derece mahkemesi önünde çok büyük gecikmeler yaşandığını ve söz konusu gecikmeler sonucunda, şiddet eylemlerinin asıl failerinin, aleyhlerinde kesin deliller bulunmasına rağmen, fiilen cezasız kaldıklarını söylemiştir.[829]

Ağır insan hakları ihlalleri bakımından cezasızlık üreten zamanaşımı konusu, üzerinde biraz daha ayrıntılı durmayı hak ediyor. Burada karşılaşılan bir diğer sorun, ağır insan hakları ihlalleriyle ilgili ceza soruşturma ve kovuşturmalarına zamanaşımına ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanabilirliği sorunudur. Son yasal değişikliklerle işkence ve kötü muamele fiillerine zamanaşımı uygulanması kaldırılmıştır. Buna karşın yargısız, keyfi infazlar gibi yaşam hakkı ihlalleri ile zorla kaybetme gibi insanlığa karşı suç anlamını taşıyan ağır insan hakları ihlalleri yönünden zamanaşımı hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı belirsizliğini korumaktadır.

Bu belirsizliğin ilk nedeni, yukarıda belirtildiği gibi uluslararası insan hakları hukukunda özel bir sözleşmeye konu olmuş olan "zorla kaybetme" eyleminin TCK'de açıkça suç olarak düzenlenmemiş olmasıdır. Bir diğer mesele zorla kaybetmeler bakımından zamanaşımı süresinin başlangıcının hangi anda başlatılacağı meselesidir. Uluslararası insan hakları

827 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 13 Ocak 2015 tarihli *Uğur v. Türkiye* kararı, [37308/05], §99; ayrıca bkz., 8 Nisan 2008 tarihli *Ali ve Ayşe Duran v. Türkiye* kararı, [42942/02], § 69.

828 İbid., *Uğur v. Türkiye*, §100. Ayrıca bkz., 3 Temmuz 2012 tarihli *Taylan v. Türkiye* kararı, [32051/09], § 46; 5 Haziran 2012 tarihli *Eski v. Türkiye* kararı, [8354/04], § 36; 9 Nisan 2013 tarihli *Böber v. Türkiye*, [62590/09], § 35; 14 Ocak 2014 tarihli *Kasap ve Diğerleri v. Türkiye*, [8656/10], § 60. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi son olarak Son olarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 18 Aralık 2018 tarihinde verdiği *Hasan Köse v. Türkiye* kararında Anayasa Mahkemesi'nin *Seyfullah Turan* kararına atıfla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının cezasızlık anlamına geldiğini teyit etmiştir. Bkz., 18 Aralık 2018 tarihli *Hasan Köse v. Türkiye* kararı, [15014/11], § 38.

829 Son olarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 18 Aralık 2018 tarihinde verdiği *Hasan Köse v. Türkiye* kararında Anayasa Mahkemesi'nin *Seyfullah Turan* kararına atıfla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının cezasızlık anlamına geldiğini teyit etmiştir.

hukukunda zorla kaybetme fiilleri bakımından zamanaşımı sürelerinin nitelik olarak mütemadi suç kategorisine giren bu eylemlerde temadi halinin sona ermesiyle, başka bir ifadeyle mağdurun akıbetinin açıklığa kavuşmasıyla başlatılması gerektiği yönünde bir görüş birliği bulunmaktadır. Ancak zorla kaybetme eyleminin TCK'da kendi başına özel bir suç olarak tanımlanmaması yüzünden zorla kaybetme şikayetlerine yönelik soruşturmalarda zamanaşımı süresi kişinin akıbetinin açıklığa kavuşup kaybetme olayının sona erdirildiği değil, kaybedildiği tarihten başlatılmaktadır.

Bu suçlarda mağdurun akıbetinin çok uzun bir zaman belirsiz kalmasının yüksek ihtimal olduğu; ancak çok uzun süreler sonrasında bile bu akıbetin öğrenilmesini sağlayacak bilgilere ulaşılabildiği göz önüne alındığında, zamanaşımının hangi tarihten başlatılacağına yönelik tartışmanın çözüme kavuşturulmasında yarar bulunuyor. Burada özellikle mevcut uygulamanın cezasızlık sorunu yaratma potansiyeli taşıdığı göz ardı edilmemelidir.

XII.3. Soruşturmanın etkisiz olduğunun anlaşıldığı anın belirlenmesi ve buna bağlanan sonuçlar

İnsan hakları ihlallerine ilişkin olarak gerek Anayasa Mahkemesi'ne gerekse İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne bireysel şikâyet başvurularının yapılabilmesinin koşullarından birisi, olağan başvuru yollarının tüketilmesine rağmen bu başvuruların sonuçsuz kalması ise diğeri de bu sonuçsuzluk anından başlayarak belirli bir hak düşürücü süre içinde şikayetlerin bu mahkemeler önüne taşınmasıdır.[830]

Olağan başvuru yollarının tüketilmesi zorunluluğunun istisnası, o başvuru yolunun ulaşılabilir, etkili ve yeterli olmaması durumudur. Başvurunun hangi zaman dilimi içinde bu yargı yerleri önüne taşınması gerektiğinin bilinmesi, mağdurlar bakımından telafisi imkânsız ağır sonuçları olabileceğinden çok önemlidir. Tüketme yükümlülüğünün ortadan kalktığı durumlar doğru bir şekilde belirlenemezse, her iki yargı yeri de başvuruları esasa girmeden süre aşımı yönünden kabuledilemezlikle sonuçlandırmaktadır.

Bir başvuru yolunun etkisizliği değişik şekillerde ortaya çıkabilmektedir:

- Yerleşik ve değişme olanağı bulunmayan içtihatların bulunması;
- Başvuru yollarının hatalı ya da hiç gösterilmemiş olması;
- Telafisi imkânsız durumların ortaya çıktığı durumlar;
- Soruşturmanın etkisizliğini gösteren durumlar;
- Yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması;
- Tutukluluğun yargısal denetiminin süratle yapılmaması;
- Sözleşme'ye aykırı "*idari pratikler*"in varlığı;[831]

Anayasa Mahkemesi son dönemde önüne gelen, yaşama hakkı ihlali ve zorla kaybetmelerin konu olduğu, doksanlarda işlenmiş ağır insan hakları ihlalleriyle ilgili bir dizi başvuruda,

830 Bakınız, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 35. maddesi. Ayrıca bkz., Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 47. maddesinin 5. fıkrası.

831 Tolga Şirin, "*Bireysel Başvuru Usul Hukuku – Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7*", Avrupa Konseyi – 2018, sf. 145 vd.

yürütülen soruşturmaların etkisizliğinin açıkça farkına varılmış olmasına rağmen, zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesinin beklenmesi nedeniyle başvuruları süre aşımından kabul edilemez bulmuştur.[832]

Anayasa Mahkemesi *Zeycan Yedigöl* [GK] kabuledilemezlik kararında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihatlarına dayanarak yaptığı çıkarsamalarla süre aşımı sonucuna ulaşırken kararını gerekçelendirme yöntemi tartışmalı olsa da bu kararlara karşı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yapılan başvurulardan da olumlu bir sonuç alınmadığı görülmektedir.[833] Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan kilit içtihadı ve peşi sıra gelen kabuledilemezlik kararlarına yönelik en ciddi eleştiri "süre aşımı nedeniyle kabul edilemezlik" argümanını, ağır insan hakları ihlallerini konu alan başvuruları kategorik biçimde reddetmeye yönelik hukuki bir bariyer olarak kullanması" şeklinde ifade edilmiştir.[834]

Bu bağlamda zorla kaybetme vakaları bakımından açılan ceza soruşturmalarının etkili yürütülmediğinin ortaya çıktığı ya da bu konudaki etkisizliğin başvurucular tarafından bilinmesi gerektiği anın belirlenmesi, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin son dönemde geliştirdiği içtihatlar karşısında uygulamacılar bakımından bundan sonra yapılacak başvuruların doğru zamanda yapılabilmesi için kritik bir önem kazanmıştır. Dolayısıyla İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin konuya ilişkin içtihatlarının mantığının anlaşılması zorla kaybetme vakalarında yürütülen soruşturmalarla bağlantılı bireysel başvuruların kabuledilebilirlik incelemesini aşabilmesi için zorunlu görünmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin konuya ilişkin olarak temel ilkeleri aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- Kural olarak başvurular için gerekli altı aylık süre iç yollarının tüketilmesi sürecinde nihai kararın verilmesinden itibaren işlemeye başlar. Böyle bir karar ya da soruşturma yoksa, süre şikâyet edilen eylem ya da tedbirin gerçekleştiği tarihten başlar.
- Başvurucu mevcut bir başvuru yolundan yararlanıyor ve sonrasında bu başvuru yolunu etkisiz kılan koşulların farkına varmışsa, altı aylık süre başvurucunun bu durumun farkına vardığı ya da varmasının gerekli olduğu tarihten itibaren hesaplanır.
- Ölüm meydana geldiğinde, başvurucu mağdur yakınlarının, soruşturmanın yolunda gitmesini sağlayacak veya eksikliklerini takip edecek ve herhangi bir eksikliğin farkına vardıklarında veya olmaları gerektiğinde, bunları uygun bir hızla yetkililerin dikkatine sunmaları ya da ceza soruşturmasının etkili olmadı-

832 Anayasa Mahkemesi'nin 10 Aralık 2015 tarihli *Zeycan Yedigöl* [GK] kk., [2013/1566]. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı sonrası benzer nitelikte seri halde kararlar peşi sıra gelmiştir. Dr. *Hülya Dinçer*'in belirleyebildiği çoğu yayınlanmamış benzer nitelikteki Anayasa Mahkemesi kararları şu şekildedir: 24 Ocak2018 tarihli *Adile ve Sadat Azizoğlu* kk., [2014/15732]; 22 Mart 2018 tarihli *Sultani Acar* kk., [2014/16344]; 18 Nisan 2018 tarihli *Agit Düşkün ve Diğerleri* kk., [2014/20372],; 15 Kasım 2018 tarihli *Ali Bulut ve Diğerleri* kk., [2015/2752]; 15 Kasım 2018 tarihli *Süleyman Durgut*, [2015/3326]; 15.1.2018 tarihli *Ahmet Ölker ve Süleyman Ölker* kk., [2015/3195]; 6 Şubat 2019 tarihli *Abdulhakim Akay ve Diğerleri* kk., [2015/3160]; 6 Şubat 2019 tarihli *Ömer ve Ramazan Demir* kk., [2015/3160], Hülya Dinçer: "*Türkiye'de Cezasızlığın İnşasında Yeni bir Hukuki Aktör Olarak Anayasa Mahkemesi*", Ankara Barosu XI. Uluslararası Hukuk Kurultayı, 9-12 Ocak 2020, Ankara; ayrıca bu Rehberin hazırlandığı tarihte tespit ettiğimiz bir başka yayınlanmamış karar için bkz., 31 Ağustos 2020 tarihli *Celal Gençer O. ve Diğerleri* kk., [2017/17885].

833 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Anayasa Mahkemesi kararlarını benimsediğine yönelik haberler bu Rehber'in hazırlandığı sırada gelmiş olmasına rağmen Tek Yargıçlı Formasyon tarafından verildiği için yayınlanmadığından bu kararlara ulaşmak mümkün olmamıştır.

834 Bkz., yukarıda 768 nolu dipnotta anılan Hülya Dinçer'in çalışması.

ğının farkında olacak adımlar atmaları özen yükümlülüklerinin gereğidir.[835] Aynı beklenti zorla kaybetme vakaları bakımından da geçerlidir.[836]

- Aileler ile yetkili makamlar arasında *anlamlı bir kontak* olduğu, *bilgi talepleri* ya da bazı göstergeler ya da *soruşturma tedbirlerinde gerçekçi bir gelişme olduğu* sürece, uygunsuz bir gecikme genel olarak ortaya çıkmayacaktır.
- *Olayın üzerinden dikkate değer bir sürenin geçmesi* ve soruşturma işlemlerinde *önemli gecikmelerin* ve *hareketsizliklerin* yaşanması halinde, yakınların etkili bir soruşturma yapılmadığını veya yapılamayacağını anlamaları gereken bir zaman gelmiş demektir.
- Mahkeme'nin içtihatlarından "*dikkate değer bir süreden*" ne anlaşılması gerektiğini çıkarmak zordur. Bununla birlikte *Varnava ve Diğerleri* kararında Büyük Daire, olayın üzerinden *on yıllık bir süre* geçmesini bu kapsamda değerlendirdiğini ima etmiştir. Buna göre zorla kaybetme olayının üzerinden on yıldan fazla bir süre geçmişse, başvurucular Mahkeme'ye başvuruda bulunma konusundaki bu tür bir gecikmeyi gerekçelendirmek durumunda oldukları anlaşılmaktadır.[837]
- Yine de bu on yıllık süreyi kategorik olarak sabit bir süre olarak algılamak başvurucuları hatalı sonuçlara götürebilir. Mahkeme'ye göre soruşturmanın etkili olup olmadığına ilişkin değerlendirme, kaçınılmaz olarak, ilgili davanın koşullarına bağlı olacaktır.[838]
  - Mahkeme, *Er ve Diğerleri v. Türkiye* davasında, başvuruda bulunmadan önce yakınlarının kaybedilmesinden sonra neredeyse on yıl beklemiş olan başvurucuların ulusal düzeyde yürütülen bir soruşturma olması nedeniyle altı aylık süre kuralına uygun davrandıklarını tespit etmiştir.[839]
  - Mahkeme, başvurucuların yetkililere yardımcı olmak için kendilerinden beklenebilecek her şeyi yaptıkları soruşturmanın sekiz yıldan fazla beklediği bir başka davada benzer bir sonuca ulaşmıştır.[840]
  - Mahkeme, *Çeçenistan* ve *İnguşetya*'daki zorla kaybetme vakalarına ilişkin olarak, devam eden soruşturmalardaki belirli hareketsizlik dönemlerinin dört buçuk yıla kadar çıktığı durumlarda kaybetmenin gerçekleştiği ve ceza soruşturmasının başlamasından sonra dokuz ve on yıl arasında bir zaman geçtikten sonra yapılan başvuruları incelemiş; başvurucuların:
    - yetkili mercilerle *makul düzeyde iletişimlerini sürdürdükleri*,
    - *soruşturmanın ilerleyişi hakkında bilgi talep* ettiklerini ve

835 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 28 Mayıs 2002 tarihli *Bulut ve Yavuz v. Türkiye* kk., [73065/01] ve *Bayram ve Yıldırım v. Türkiye* kk., [38587/97], ECHR 2002 III.

836 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 4 Temmuz 2002 tarihli *Eren ve Diğerleri v. Türkiye* kk., [42428/98 ve 28 Mart 2006 tarihli *Üçak ve Kargili ve Diğerleri v. Türkiye* kk., [75527/01 ve 11837/02].

837 18 Eylül 2009 tarihli *Varnava ve Diğerleri v. Türkiye* [BD] kararı, [16064/90, 16065/90, 16066/90...], §§ 162-163.

838 9 Ekim 2014 tarihli *Sultygov ve Diğerleri v. Rusya* kararı, [42575/07 53679/07 311/08...], § 371.

839 31 Temmuz 2012 tarihli *Er ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [23016/04], §§ 55-58.

840 26 Şubat 2013 tarihli *Bozkır ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, [24589/04], § 49.

- süregelen soruşturmanın etkililiğine dair makul şüphe uyandıran bilgilere ulaştıktan kısa bir süre sonra başvuruda bulunduklarını göstererek, başvurularındaki gecikmeyi gerekçelendirdiklerini tespit etmiştir.[841]

- Buna karşın, başvurucuların soruşturmanın etkili olduğuna inanmak için gerekli delilin uzun bir süre bulunmadığı durumlarda başvurucuların on yıldan uzun bir süre başvuruda bulunmak için bekledikleri ve bu beklemeyi makul bir şekilde gerekçelendiremedikleri başvurular Mahkeme tarafından kabuledilemez bulmuştur. Örneğin:
  - kaybetme sonrasında başvurucuların yetkili makamlara resmi şikayette bulunmak için dört yıl ve Strazburg'a başvuruda bulunmak için on bir buçuk yıl bekledikleri *Fındık ve Ömer v. Türkiye* kabuledilemezlik kararında,[842] başvurular olayın gerçekleşmesinden on beş yıldan daha uzun bir süre geçtikten sonra yapılmıştır;
  - *Taşçı ve Duman v. Türkiye* kabuledilemezlik kararında,[843] başvurucular kaybedilmeden yirmi üç yıl sonra başvuruda bulunmuşlardır;
  - kaybetme olayından itibaren yirmi yıldan uzun bir süre sonra başvurucuların Strazburg'a şikâyette bulunduğu *Açış v. Türkiye* kararında[844] olduğu gibi başvurucuların şikayetinin yirmi yıldan uzun bir süre gecikmesini haklı gösterecek ulusal soruşturmada somut bir gelişme göstermek konusunda başarısız olunduğu için süre aşımından Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca şikayetleri kabuledilemezlikle sonuçlandırılmıştır.

841 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 1 Ağustos 2013 tarihli *Kaykharova ve Diğerleri v. Rusya* kararı, [11554/07, 7862/08, 56745/08 ve 61274/09], §§ 128 ve 129; 1 Ağustos 2013 tarihli *Saidova v. Rusya* kararı, [51432/09], §§ 52 ve 53; ve 10 Ekim 2013 tarihli *Gakayeva ve Diğerleri v. Rusya* kararı, [51534/08 25518/10 28779/10...], §§ 312 ve 315.

842 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 9 Ekim 2012 tarihli *Fındık ve Ömer v. Türkiye* kk., [33898/11 ve 35798/11].

843 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 9 Ekim 2012 tarihli *Taşçı ve Duman v. Türkiye* kk., [40787/10].

844 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 1 Şubat 2011 tarihli *Açış v. Türkiye* kararı, [7050/05], §§ 41-42.

EKLER

CEZASIZLIKLA MÜCADELE EĞİTİMİ REHBERİ EKLERİ

EK - 1

CEZASIZLIKLA MÜCADELE YOLUYLA İNSAN HAKLARININ KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ İÇİN GÜNCELLENMİŞ İLKELER DEMETİ

(Bu belgenin çevirisinde Uluslararası Hukukçular Komisyonu'nun 2018 tarihli gözden geçirilmiş Ağır İnsan Hakları İhlalleri İçin Çözüm (Başvuru) ve Telafi Hakkı - Uygulayıcı Rehberi'nin Türkçe Baskısının eklerindeki çeviri esas alınmıştır)

CEZASIZLIKLA MÜCADELE YOLUYLA İNSAN HAKLARININ KORUNMASI VE GELİŞTİRİLMESİ İÇİN GÜNCELLENMİŞ İLKELER DEMETİ

Önsöz

İnsan haklarının ihmal edilmesinin ve hor görülmesinin insanlık vicdanını zedeleyen barbarca fiillerle sonuçlandığını kabul eden Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin Önsözünü hatırda tutarak,

Benzer fiillerin tekrarlanma riskinin her zaman mevcut olduğunun bilincinde olarak,

Birleşmiş Milletler Şartının 56. maddesi uyarınca üye devletler tarafından yapılan, Şartın 55. Maddesinde belirtilen, herkes için insan hakları ve temel özgürlüklere evrensel düzeyde saygı gösterilmesi ve uyulması ile ilgili amaçlara ulaşmak için etkili uluslararası iş birliğinin geliştirilmesine büyük önem verilmesi için birlikte ve ayrı ayrı eylemde bulunma taahhüdünü tekrar teyit ederek,

Her devletin uluslararası hukuk uyarınca insan haklarına saygı gösterme ve saygı duyulmasını güvence altına alma ödevinin cezasızlıkla mücadele etmek için etkili önlemler alınmasını gerektirdiğini dikkate alarak,

Adalete olan ihtiyaç etkili bir şekilde karşılanmadıkça, adil ve kalıcı bir uzlaşma olamayacağının bilincinde olarak,

Önemli bir uzlaşma unsuru olabilecek affediciliğin, özel bir eylem olduğu sürece, mağdurun veya mağdurun yakınlarının ihlallerin failini bildiği ve failin kendisinin de yaptıklarını kabul ettiği anlamına geldiğinin eşit derecede farkında olarak,

Dünya İnsan Hakları Konferansı'nın (Haziran 1993), insan hakları ihlallerinin faillerinin cezasız kalmasına ilişkin endişelerini dile getirdiği ve İnsan Hakları Komisyonunun konunun tüm yönlerinin incelemesi yönündeki çabalarını teşvik ettiği, Viyana Bildirgesi ve Eylem Programının II. Bölümünün 91. paragrafında belirtilen tavsiyeyi hatırda tutarak,

Bu nedenle, ihlal mağdurlarının çıkarlarına olarak, bilme hakkına ve dolaylı olarak hakikati öğrenme hakkına, adalet hakkına ve giderim hakkına ortaklaşa saygı gösterilmesi sağlanmadıkça cezasızlığın zararlı etkilerine karşı etkili bir çözüm sağlanamayacağı anlayışıyla, bu amaçla ulusal ve uluslararası önlemler alınması gerektiğine inanarak,

Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programına göre, aşağıdaki ilkeler, Devletlerin cezasızlıkla mücadele için etkili önlemler geliştirmelerine yardımcı olacak rehber kurallar olarak tasarlanmıştır.

Tanımlar

A. Cezasızlık

"Cezasızlık" ihlalin faillerinin, suçlanmalarına, yakalanmalarına, yargılanmalarına ve suçlu bulunmaları halinde uygun bir cezaya çarptırılmalarına ve mağdurlarının zararlarını tazmin etmelerine yol açabilecek bir soruşturmaya tabi tutulmamaları dolayısıyla, -cezai, hukuki, idari, ya da disiplin süreçlerinin herhangi birinde hesap vermelerinin hukuken ya da fiilen, imkânsız olması durumunu ifade eder.

B. Uluslararası hukuka göre ciddi suçlar

Bu ilkelerde de geçen "uluslararası hukuka göre ciddi suçlar" deyimi 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile 1977 tarihli Ek I. Protokol'ün ağır ihlallerini ve uluslararası hukuka göre suç teşkil eden uluslararası insancıl hukukun diğer ihlalleri, soykırımı, insanlığa karşı suçları ve işkence, zorla kaybedilme, yargısız infaz ve kölelik gibi uluslararası hukuka göre suç teşkil eden ve/veya uluslararası hukukun devletlerden cezalandırmalarını talep ettiği diğer uluslararası insan hakları ihlallerini kapsar.

C. Demokrasi ve/veya Barışın Restorasyonu ya da Bunlara Geçiş

Bu ilkelerde kullanıldığı şekliyle bu ifade, silahlı bir çatışmayı sona erdirmeyi amaçlayan demokrasiye ya da barış görüşmelerine yönelik bir ulusal girişim çerçevesinde, hangi şekilde olursa olsun ilgili tarafların ya da aktörlerin cezasızlığa ve insan hakları ihlallerinin tekrar etmesine karşı tedbirler almak konusunda anlaşmaya vardıkları durumları anlatır.

D. Hakikat Komisyonları

Bu ilkelerde kullanıldığı şekliyle "hakikat komisyonları" terimi genellikle yıllar boyunca devam eden insan hakları ya da insancıl hukuk ihlali kalıplarını araştıran resmi, geçici, yargı-dışı soruşturma kurullarını ifade eder.

E. Arşivler

Bu ilkelerde kullanıldığı şekliyle, "arşivler" kavramı, insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleriyle ilgili aşağıdakileri de içeren çeşitli kaynaklarda yer alan belgeler bütününü ifade eder: a) başta insan hakları ihlallerinin gerçekleşmesinde çok önemli rolleri olanlar olmak üzere devlet kurumları; b) polis karakolları gibi insan hakları ihlallerinin bir parçası olan yerel kurumlar; c) savcılık ve mahkemeler gibi insan haklarının korunmasında yer alan devlet kurumları ve d) hakikat komisyonları ve diğer araştırma birimleri tarafından toplanan belgeler.

I. CEZASIZLIKLA MÜCADELE: GENEL YÜKÜMLÜLÜKLER

İLKE 1. DEVLETLERİN CEZASIZLIKLA MÜCADELEDE ETKİN ADIMLAR ATMASINA YÖNELİK GENEL YÜKÜMLÜLÜKLER

Cezasızlık, devletlerin ihlalleri soruşturma yükümlüklerini yerine getirmemesinden; faillere ilişkin gerekli adımları atmamasından, özellikle cezai sorumluluğu olduğundan şüphelenilenlerin kovuşturulmasını, yargılanmasını, ve gereğince cezalandırılmasını sağlamayarak adalet alanında tedbirleri almamasından; mağdurlara etkili başvuru yolu sağlamamasından ve uğradıkları zararın onarımını sağlamamasından; vazgeçilmez bir hak olan ihlallere ilişkin hakikati bilme hakkını güvence altına almamasından; ve ihlallerin tekrarını önlemek üzere gerekli tedbirleri uygulamakta yetersiz kalmasından kaynaklanmaktadır

II. BİLME HAKKI

A. Genel İlkeler

İLKE 2. VAZGEÇİLEMEZ NİTELİKTEKİ HAKİKATİ BİLME HAKKI

Herkes vazgeçilmez nitelikte, çok ciddi ve insanlık dışı suçlarla ilgili geçmişteki olaylar ve kitlesel ya da sistematik ihlaller yoluyla bu türden suçların işlenmesine zemin hazırlayan koşullar ve nedenler hakkındaki hakikati bilme hakkına sahiptir. Hakikati bilme hakkının tam ve etkili bir şekilde uygulanması, ihlallerin tekrar etmesine karşı hayati bir güvence sağlar.

İLKE 3. BELLEĞİ MUHAFAZA ÖDEVİ

Bir halkın tarihindeki zulümleri bilmesi o halkın kültürel mirasının bir parçasıdır, bu itibarla, devletlerin arşivleri ve insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerine ilişkin diğer delilleri muhafaza etme ve bu ihlallere ilişkin bilgileri yayma ödevini yerine getirmek için uygun tedbirleri alması suretiyle bu bilgilenme sağlanmalıdır. Bu türden tedbirler kolektif hafızanın tamamen ortadan kalkmasını ve özellikle de revizyonist ve inkârcı eğilimlerin gelişmesini önlemeyi amaçlamalıdır.

İLKE 4. MAĞDURLARIN BİLME HAKKI

Herhangi bir yasal usulden bağımsız olarak, mağdurlar ve aileleri ihlallerin meydana geldiği şartlara ve ölüm ya da kaybedilme durumlarında ise mağdurun akıbetine ilişkin tüm hakikati bilme konusunda zamanaşımına uğramaz bir hakka sahiptirler.

İLKE 5. BİLME HAKKINI HAYATA GEÇİRECEK GÜVENCELER

Devletler, yargının bağımsız ve etkin bir şekilde işlemesini güvence altına alacak tedbirler de dahil olmak üzere, bilme hakkını hayata geçirecek uygun adımları atmalıdır. Bu hakkı güvence altına alacak uygun tedbirler yargının rolünü tamamlayıcı nitelikteki yargı dışı süreçleri de içerebilir. Kitlesel veya sistematik bir şekilde işlenmiş acımasız ve insanlık dışı cinayetlere maruz kalmış olan toplumlar özellikle bu ihlalleri çevreleyen gerçekleri ortaya çıkaracak bir hakikat komisyonu ya da daha başka soruşturma komisyonlarının oluşturulmasından yararlanabilirler, böylece hem gerçek tüm çıplaklığıyla ortaya serilmiş hem de delillerin karartılması önlenmiş olur. Bir devlet, böyle bir organ oluşturup oluşturmadığından bağımsız olarak, insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerine ilişkin arşivlerin korunmasını ve bunlara erişimi güvence altına almalıdır.

B. Soruşturma Komisyonları

İLKE 6. HAKİKAT KOMİSYONLARININ KURULMASI VE ROLÜ

Bir hakikat komisyonu kurulmasına, dayanak alacağı referans noktalarının tanımlanmasına ve oluşumunun belirlenmesine ilişkin kararlar, mümkün olduğu ölçüde, başta mağdurların ve hayatta kalanların görüşlerinin göz önüne alınması olmak üzere çok geniş kamuoyu müzakerelerine dayanmalıdır. Kadın ve erkeklerin bu müzakerelere eşit bir şekilde katılmasını güvence altına almak üzere özel çaba sarf edilmelidir.

Mağdurların ve ailelerinin onurlarının tanınması açısından, hakikat komisyonlarınca yürütülen soruşturmalar, özellikle hakikatin daha önce inkâr edilen kısımlarının tanınmasını güvence altına almak amacıyla gerçekleştirilmelidir.

İLKE 7. BAĞIMSIZLIK, TARAFSIZLIK VE YETKİNLİK GÜVENCELERİ

Aralarında hakikat komisyonlarının da yer aldığı soruşturma komisyonları bağımsızlıklarının, tarafsızlıklarının ve yetkinliklerinin güvence altına alındığı prosedürler yoluyla kurulmalıdır. Bu amaçla, uluslararası nitelikteki komisyonlar da dahil olmak üzere soruşturma komisyonlarının dayanak noktaları aşağıdaki temel ilkelere saygı göstermelidir:

a. Başta insan hakları ve eğer ilgiliyse, insancıl hukuk alanlarındaki uzmanlıkları olmak üzere üyelerinin yetkinlik ve tarafsızlıklarının kamuoyuna açık bir şekilde izah edilmesini sağlayacak kriterlere uygun şekilde kurulmalıdırlar. Aynı zamanda, üyelerin bağımsızlığını güvence altına alan koşullara, özellikle görevlerini yerine getirmelerini imkânsızlaştıran mesleki yetersizlik veya kusurlu davranışlar gibi

durumlar haricinde, görev süreleri boyunca azledilememelerini garanti eden koşullara ve adil, tarafsız ve bağımsız kararlar almalarını sağlayacak usullere uygun olarak kurulmalıdırlar.

b. Komisyon üyeleri görev süreleri sona erdikten sonra da dahil olmak üzere, özellikle komisyonların raporlarında yer alan fikirler ya da gerçekler nedeniyle haklarında açılacak hakaret davaları ya da diğer hukuk ya da ceza davaları ile ilgili olarak, görevleri boyunca karşılaşacakları tüm durumlara karşı korunmaları için gerekli olan dokunulmazlık ve imtiyazlardan yararlanabilmelidirler.

c. Üyeliklerin belirlenmesi aşamasında kadınların yanı sıra özellikle insan hakları ihlallerine maruz kalan diğer uygun grupların da eşit bir şekilde temsil edilmesine özellikle önem verilmelidir.

İLKE 8. KOMİSYONUN YETKİSİNİN TANIMLANMASI

Yetki çatışmalarını önlemek üzere komisyonun yetkileri açıklıkla tanımlanmalı ve soruşturma komisyonlarının, hukuk, idare ya da ceza mahkemelerinin yerini almak üzere oluşturulmadığı ilkesiyle uyumlu olmalıdır. Özellikle, yalnızca ceza mahkemeleri bir kişinin cezai sorumluluğuna karar verme ve cezaya hükmetme yetkisine sahiptir.

12 ve 13. İlkelerde yer alan rehber kurallara ek olarak bir soruşturma komisyonunun yetkileri aşağıdaki şartları içermeli ya da yansıtmalıdır:

a. Komisyonun yetkileri şu konulardaki haklarını teyit etmelidir: kolluktan yardım isteme, eğer gerekirse 10. (a) ilkesinde öngörülen koşullara uygun olarak şahitlik yapmaları için onları davet etme; soruşturmalarıyla ilgili her yeri inceleyebilme; ve /veya ilgili belgelerin kendilerine ulaştırılmasını talep edebilme;

b. Eğer komisyonun soruşturma kapsamındaki bir kişinin hayatı, sağlığı ya da güvenliğinin tehlike altında olduğuna ya da ispata yönelik bir unsurun kaybedilmesi riski bulunduğuna inanmak için nedenler varsa, acele usule göre mahkeme kararı çıkartma ya da söz konusu tehdidi ya da riski ortadan kaldırmak üzere en uygun tedbirleri alabilir;

c. Soruşturma komisyonlarınca yürütülen incelemeler insan hakları ve/veya insancıl hukuk ihlalleriyle ilgisi olduğundan şüphelenilen tüm kişileri, ister emir vererek ya da fiili işleyerek, fail ya da işbirlikçi olarak ve ister devlet memuru ya da devletle bağlantılı yarı resmi oluşumların ya da devletle herhangi bir şekilde ilintili özel silahlı birliklerin üyesi olsunlar herkesi, kapsamalıdır. Soruşturma komisyonları ayrıca insan hakları ve insancıl hukuk ihlaline zemin hazırlayan ve kolaylaştıran diğer aktörlerin rolleri üzerinde de durmalıdır;

d. Soruşturma komisyonları insan hakları ve insancıl hukuka yönelik her tür ihlali göz önünde bulundurma yetkisine de sahip olmalıdır. Bunların soruşturmaları öncelikli olarak, başta kadınlar ve diğer hassas toplumsal gruplara yönelik temel hak ihlalleri olmak üzere uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden ihlaller üzerinde odaklanmalıdır;

e. Soruşturma komisyonları daha sonra adaletin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere delilleri muhafaza edip korumak için çaba göstermelidir.

f. Soruşturma komisyonlarının yetkileri, komisyonların arşivlerinin korunmasının önemini de vurgulamalıdır. Komisyonlar daha çalışmalarının başlangıcında,

kendi belgelerine erişim koşullarını, bir yandan kamuoyunun arşivlerine ulaşımını kolaylaştırırken bir yandan da gizli bilgilerin açığa çıkmasını önlemeyi hedefleyen şartları açık bir şekilde ortaya koymalıdırlar.

İLKE 9. SORUŞTURULAN KİŞİLER İÇİN GÜVENCELER

Bir komisyon raporunda failleri belirlemeden önce, ilgili kişiler aşağıdaki güvencelere sahip olmalıdır:

a. Adlarını kamuoyuna açıklamadan önce komisyon soruşturulan kişiler hakkındaki bilgilerin kesinlikle doğru olduğundan emin olmaya çalışmalıdır;

b. Soruşturulan kişilere, ya soruşturma sırasında komisyonca düzenlenen bir oturumda ya da cevap hakkına denk gelecek yazılı bir sunumun komisyon dosyasına dâhil edilmesi suretiyle, gerçeği kendi cephelerinden açıklama şansı tanınmalıdır.

İLKE 10. MAĞDURLAR VE ONLAR ADINA İFADE VEREN TANIKLAR İÇİN GÜVENCELER

Mağdurların ve komisyona bilgi veren tanıkların güvenliğini, fiziksel ve psikolojik sağlığını ve talep edildiğinde de mahremiyetini korumak üzere en etkin tedbirler alınmalıdır.

a. Mağdurlar ve onlar adına şahitlik eden tanıklar komisyonun önünde ifade vermeye ancak gönüllülük esasına göre çağırılabilirler;

b. Sosyal hizmetlerde ve/veya akıl sağlığı alanında çalışanlar, özellikle cinsel taciz vakaları olmak üzere, mağdurlara, ifade esnasında ve sonrasında, tercihen kendi dillerinde, yardım etmek üzere görevlendirilmelidirler.

c. Bu ifadelerin alınmasına ilişkin ortaya çıkabilecek tüm masraflar devlet tarafından karşılanmalıdır;

d. Kimliğinin gizli kalacağı güvencesiyle ifade veren bir tanığın kimliğini ifşa edebilecek bilgiler titizlikle korunmalıdır. İfade veren mağdurlar ve diğer tanıklar komisyona verdikleri bilgilerin açıklanmasına ilişkin kurallar konusunda detaylı bir şekilde bilgilendirilmelidirler. Kimliğini ifşa etmeden komisyona ifade verme talepleri, özellikle cinsel taciz vakalarında, çok ciddi bir incelemeye tabi tutulmalıdır ve komisyon gerekli görürse bilginin kanıtlarla desteklenmesine izin vererek, uygun vakalarda kişilerin kimliğinin gizli kalmasına imkân tanımalıdır.

İLKE 11. KOMİSYONLAR İÇİN YETERLİ KAYNAKLAR

Komisyonlar aşağıdaki kaynaklara sahip olmalıdır:

a. Bağımsızlığı konusunda asla şüpheye düşülmemesini güvence altına alacak şeffaf bir bütçe;

b. Saygınlıkları konusunda asla şüpheye düşülmemesini güvence altına alacak yeterli malzeme ve insan kaynakları.

İLKE 12. KOMİSYONLARIN DANIŞMA FONKSİYONLARI

Komisyonların yetkileri, nihai raporlarına cezasızlıkla mücadele için alınması gereken yasal ve diğer tedbirlere ilişkin tavsiyelere de yer verilmesini içeren hükümleri kapsamalıdır.

Komisyonun yetkileri, tavsiyeleri de dâhil olmak üzere, komisyonun çalışmalarına kadınların deneyimlerini dâhil etmesini güvence altına almalıdır. Bir soruşturma komisyonu oluştururken Hükümet, komisyonun tavsiyelerine gerekli önemi vermelidir.

İLKE 13. KOMİSYONUN RAPORLARININ AÇIKLANMASI

Güvenlik sebepleriyle ya da tanıklar ve komisyon üyeleri üzerindeki baskıyı önlemek amacıyla komisyonun kuruluş kuralları soruşturmanın bazı kısımlarının gizli kalmasını şart koşabilir. Diğer taraftan, komisyonun nihai raporu, bütünüyle kamuoyuna açıklanmalı ve mümkün olan en geniş şekilde dağıtılmalıdır.

C. İhlallere İlişkin Bilgi ve Belgeleri İçeren Arşivlere Erişim ve Bunların Muhafazası

İLKE 14. ARŞİVLERİN MUHAFAZASI İÇİN ALINACAK ÖNLEMLER

Bilme hakkı, arşivlerin korunması gerektiği anlamını taşır. Özellikle insan hakları ve/veya insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu olanlara cezasızlık sağlamak amacıyla arşivlerin herhangi bir şekilde ortadan kaldırılması, yok edilmesi, saklanması ya da tahrif edilmesini önlemek için teknik tedbirler ve cezalar uygulanmalıdır.

İLKE 15. ARŞİVLERE ERİŞİMİ KOLAYLAŞTIRMAK İÇİN ALINACAK TEDBİRLER

Mağdurların ve akrabalarının haklarını ileri sürebilmelerini sağlayabilmek için arşivlere erişimleri sağlanmalıdır. Gerektiğinde suçlanan kişilerin savunmalarında yararlanabilmeleri için de arşivlere erişimi sağlanmalıdır. Mağdurların ve diğer bireylerin mahremiyetini ve güvenliğini korumak amacıyla makul erişim sınırlamalarına tabii tutulsa da arşivlere tarihi araştırmalar amacıyla da erişim sağlanmalıdır. Erişime ilişkin resmi gereklilikler sansür amacıyla kullanılamaz.

İLKE 16. ARŞİV DAİRELERİ İLE MAHKEMELER VE YARGI-DIŞI SORUŞTURMA KOMİSYONLARI ARASINDA İŞ BİRLİĞİ

Mahkemeler ve yargı-dışı komisyonların yanı sıra onlara rapor hazırlayan araştırmacılar da ilgili arşivlere erişim hakkına sahip olmalıdır. Bu ilke, açıklanmama koşuluyla ifade veren mağdurlara ve diğer tanıklara verilen güvenceler de dahil olmak üzere mahremiyet kaygılarına saygı gösterecek şekilde düzenlenmeli ve uygulanmalıdır. Arşivlere erişim, kanunda öngörülen istisnai haller dışında; hükümet meşru ulusal güvenlik çıkarlarının korunması amacıyla demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ispatlamadıkça ve ret kararı bağımsız yargı denetimine tabi olmadıkça, ulusal güvenlik amacıyla reddedilemez.

İLKE 17. İSİMLER İÇEREN ARŞİVLERLE İLGİLİ ÖZEL ÖNLEMLER

a. Bu ilkenin amaçları açısından isimler içeren arşivler, doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili oldukları kişilerin tespit edilmesini mümkün kılan bilgiler içeren arşivler olarak anlaşılmalıdır;

b. Herkes devlet arşivlerinde isminin bulunup bulunmadığını bilme, ve eğer varsa, yasanın tanıdığı erişim hakkına dayanarak cevap hakkından yararlanarak kendini ilgilendiren bilginin doğruluğunu ve geçerliliğini tartışma hakkına sahiptir. Geçerliliği tartışmaya açılan belge içerisinde doğruluğunu tartışmaya açan belgeye bir göndermede bulunmalıdır ve ilkinin talep edilmesi halinde her ikisi birden sunulmalıdır. Soruşturma komisyonlarının dosyalarına erişim hakkı, mağdurların ve 8. (f) ve 10. (d) ilkelerinde belirtilen esaslara uygun olarak ifade veren diğer tanıkların gizliliğe ilişkin meşru beklentileriyle dengelenmelidir.

İLKE 18. DEMOKRASİ VE/VEYA BARIŞIN RESTORASYONU YA DA BUNLARA GEÇİŞ İLE İLGİLİ ÖZEL ÖNLEMLER

a. Her arşivin özel olarak oluşturulmuş bir birimin sorumluluğu altında korunmasını sağlayacak tedbirler alınmalıdır;

b. Depolanmış arşivlerin envanteri çıkarılıp değerlendirilmesi yapılırken işkence gibi çok ciddi insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinin yaşandığı toplama kampları ve diğer yerlerle ilgili arşivlere çok daha büyük bir özen gösterilmelidir; özellikle de bu türden yerlerin varlığının resmi olarak tanınmadığı durumlarda;

c. Üçüncü ülkelerin, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla arşivlerle iletişime geçilmesi ya da iade edilmesi konularında iş birliği yapması beklenir.

III. ADALET HAKKI

A. Genel İlkeler

İLKE 19. ADALETİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ BAKIMINDAN DEVLETLERİN ÖDEVLERİ

Devletler insan hakları ve insancıl hukuk ihlaline ilişkin kapsamlı, ivedi, tarafsız ve bağımsız soruşturmalar yürütmeli ve failler hakkında uygun önlemleri almalıdır, özellikle ceza hukuku alanında, uluslararası hukuka göre ciddi suçlar işlemekten sorumlu olanların kovuşturulması, yargılanması ve layıkıyla cezalandırılmasını güvence altına almalıdırlar. Her ne kadar kovuşturma kararı temel olarak devletlere ait ise de mağdurlar, aileleri ve mirasçıları bireysel ya da toplu olarak, ya müdahil sıfatıyla ya da ceza usul yasaları bu türden prosedürlere olanak tanıyan ülkelerde şahsi davacı olarak adli süreçlere katılabilmelidir. Devletler haksızlığa uğramış olanlara ve meşru çıkarı olan her bireye ya da sivil toplum örgütlerine yargılama süreçlerine geniş bir katılım hakkı tanımalıdır.

B. Yargı Yetkisinin Ulusal, Yabancı, Uluslararası ve Uluslararasılaştırılmış Mahkemeler Arasında Paylaştırılması

İLKE 20. ULUSLARARASI VE ULUSLARARASILAŞTIRILMIŞ MAHKEMELERİN YARGI YETKİSİ

Uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiilleri yargılamada ilk sorumluluğun devletlere ait olduğu kuralı halen geçerliliğini korumaktadır. Uluslararası ya da uluslararasılaştırılmış ceza mahkemeleri kendi Statülerine uygun olarak, yerel mahkemelerin bağımsız ve tarafsız bir yargılamayı teminat altına alamadığı veya etkili soruşturma veya kovuşturmalar yürütmelerinin fiilen imkânsız olduğu ya da yeterli isteği göstermediği durumlarda, paralel yetki icra edebilirler.

Devletler uluslararası ve uluslararasılaştırılmış ceza mahkemeleri ile ilgili hukuki yükümlülüklerini harfiyen yerine etmelidirler; devletler, gerektiğinde özellikle de Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsüne ya da diğer bağlayıcı anlaşmalara taraf olmaktan kaynaklanan yükümlüklerini yerine getirmelerine olanak tanıyan yasalar çıkararak ve şüphelilerin yakalanması ve teslim edilmesi ve deliller konusunda iş birliği yapmak suretiyle yükümlülüklerini yerine getirmelidirler.

İLKE 21. EVRENSEL VE ULUSLARARASI YARGI YETKİSİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI HUKUKİ İLKELERİN GÜÇLENDİRİLMESİNE YÖNELİK ÖNLEMLER

Devletler, kanun çıkarma ya da mevcut kanunlarını değiştirmek de dahil olmak üzere, kendi mahkemelerinin, uygulanabilir teamül hukuku ve sözleşme hukuku ilkelerine uygun olarak

uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiiller konusunda evrensel yetki kullanmasını sağlayacak etkili tedbirler almalıdır.

Devletler, şüpheliyi uluslararası ya da uluslararasılaşmış bir mahkemenin önüne çıkması için iade ya da sınır dışı etmemeleri halinde, uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiillerden kişisel sorumluluğu bulunduğuna dair güvenilir deliller bulunan kişiler hakkında cezai takibat başlatma konusunda üstlendikleri hukuki yükümlülükleri tam olarak yerine getirmelidirler.

C. Cezasızlıkla mücadelenin meşrulaştırdığı hukuk kurallarına ilişkin sınırlamalar

İLKE 22. SINIRLANDIRICI ÖNLEMLERİN DOĞASI

Devletler, zamanaşımı, genel af, sığınma hakkı, sınır dışı edilmeyi reddetme, üstlere itaat, resmi dokunulmazlıklar, pişmanlık, askeri mahkemelerde yargılama ve hâkimlerin azledilememesi gibi cezasızlığa katkıda bulunan ya da teşvik eden, kuralların suiistimaline karşı güvenceler almalı ve uygulamalıdır.

İLKE 23. ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

Ceza davalarında, etkili başvuru yolunun bulunmadığı dönemlerde -dava ya da ceza- zamanaşımı süresi işlemez. Doğası gereği zamanaşımına tabi olmayan uluslararası hukuka göre suç teşkil eden fiillere zamanaşımı uygulanmaz.

Uygulanması halinde ise, uğradıkları zararların giderimi için dava açan mağdurlar tarafından açılan hukuk davalarında ya da idari davalarda etkili olmamalıdır.

İLKE 24. AFLA İLGİLİ SINIRLAMALAR VE DİĞER ÖNLEMLER

Bir barış anlaşmasına fırsat tanıyacağı ya da ulusal uzlaşmayı güçlendirecek ortamı hazırlayacağı beklendiği durumlarda bile genel afla ve özel afla ilgili diğer tedbirlerin aşağıdaki sınırlar içinde tutulması gerekir:

a. Uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiillerin failleri, Devletin 19. İlkede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirince ye kadar, ya da fail ilgili devletin sınırları dışındaki -uluslararası, uluslararasılaştırılmış ya da ulusal bir mahkemede yargılanıncaya kadar, bu tür tedbirlerden yararlanamazlar;

b. Genel af ve özel afla ilgili diğer tedbirler, 31 ila 34. İlkelerde değinilen mağdurların giderim haklarını etkilemez ve bilme hakkına halel getirmez;

c. Suçluluğun kabulü olarak yorumlandığı ölçüde af, görüş ve düşüncelerini barışçıl yollarla ifade etme haklarını kullanmalarından kaynaklanan eylemleri yüzünden suçlanan ya da cezaya çarptırılan bireylere zorla uygulanamaz. Salt olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 18 ilâ 20. maddeleri ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 18, 19, 21 ve 22. maddeleri tarafından güvence altına alınan bu meşru haklarını kullanmaları halinde, hukuk onları hedef alan herhangi bir adli ya da diğer türden kararı hükümsüz ve yersiz addetmelidir; tutuklulukları hiçbir şarta tabi olmaksızın ve gecikmeksizin sona erdirilmelidir;

d. (c) bendinde belirtilenler dışında herhangi bir suçtan dolayı mahkûm edilen ve genel af kapsamına dâhil edilen herkes, eğer İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10 ile 11. maddeleri ile Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 9, 14 ve 15. maddeleri tarafından güvence altına alınan adil bir yargılama hakkına

aykırı olarak yargılanmışsa ya da işkence veya diğer insan lık dışı ve aşağılayıcı sorgulamalara maruz kalmaları sonucunda verdikleri ifade neticesinde mahkûm edilmişse, affı reddetme ve yeniden yargılanmayı talep etme hakkına sahiptir.

İLKE 25. SIĞINMA HAKKIYLA İLGİLİ SINIRLAMALAR

14 Aralık 1967'de Genel Kurul tarafından benimsenen Bölgesel Sığınma Deklarasyonu'nun 1. maddesinin 2. paragrafı ve 28 Temmuz 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne ilişkin Sözleşmenin 1F maddesi uyarınca devletler, uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiilleri işlediklerine inanmak için yeterince ve çok sağlam nedenler olan kişilere, diplomatik sığınma hakkı da dâhil olmak üzere, bu türden koruyucu statüler sağlayamazlar.

İLKE 26. SINIR DIŞI ETMEYE İLİŞKİN SINIRLAMALAR/NON BIS IN IDEM

a. Uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiilleri işleyen kişiler, suçluların iadesi anlaşmalarından kaçabilmek amacıyla, genellikle siyasi suçlarla ilgili olan avantajlı hükümlerden ya da vatandaşın iade edilemeyeceğine ilişkin ilkeden yararlanamazlar. Ancak, talep eden ülkede suçlunun idam edilme riski varsa özellikle de idam cezasını kaldırmış olan ülkeler, iade talebini reddetmelidir. Şüphelinin işkence, zorla kaybedilme, ya da hukuk dışı, keyfi ya da yargısız infaz gibi ağır insan hakları ihlallerine maruz kalma tehlikesi altında olduğuna inanmak için esaslı nedenler varsa iade talebi reddedilmelidir. Eğer iade bu gibi sebeplere dayandırılarak reddedilirse, talepte bulunulan devlet kovuşturma amacıyla davayı yetkili mercilere sunmalıdır;

b. Bir kişinin daha önce uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden bir fiilden dolayı yargılanmış olması, eğer daha önceki yargılamanın amacı kişiyi cezai sorumluluktan kurtarmaksa, ya da söz konusu yargılamalar uluslararası hukukça tanınan adil yargılama normlarına uygun olarak tarafsız ve bağımsız bir şekilde gerçekleştirilmemişse ve kişiyi adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak bir şekilde yapılmışsa, bu kişinin aynı fiilden dolayı yeniden yargılanmasına engel olmaz.

İLKE 27. İTAAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ, ÜSTÜN SORUMLULUĞU VE RESMİ STATÜYLE İLGİLİ MEŞRULAŞTIRMALARA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

a. İhlali gerçekleştiren kişinin hükümetin ya da üstlerinin emriyle hareket etmiş olması onu, özellikle cezai sorumluluktan kurtarmaz, fakat adalet ilkesine uygun olarak cezasının hafifletilmesi için bir neden olarak sayılabilir;

b. İhlallerin emirleri altındaki biri tarafından işlenmiş olması, eğer üstler astlarının suç işlediğini ya da işlemek üzere olduğunu biliyor ya da bilmelerini gerektiren sebepler varsa ve suçun işlenmesi ni önlemek ya da cezalandırmak için yetkileri dahilindeki gerekli tedbirleri almamışlarsa, üstleri özellikle cezai sorumluluktan kurtarmaz;

c. Uluslararası hukuka göre suç teşkil eden fiili işleyen failin resmi statüsü – devletin ya da hükümetin başı olarak hareket ediyor olsa bile onu cezai ya da diğer sorumluluklardan kurtarmaz ve cezanın hafifletilmesine neden olmaz.

İLKE 28. PİŞMANLIK VE İTİRAF İLE İLGİLİ KANUNLARIN ETKİLERİYLE İLGİLİ SINIRLAMALAR

Bir suçu işleyen kişinin itiraf ya da pişmanlıkla ilgili avantajlı yasalardan yararlanmak amacıyla kendisinin ya da diğerlerinin işlediği suçları itiraf etmesi, kendisini cezai ya da diğer

sorumluluklardan kurtarmaz. İtiraf, sadece gerçeğin açığa çıkmasını teşvik etmek amacıyla cezada belli bir indirim yapılmasına neden olabilir. Yaptığı itirafların failin zulme uğramasına sebep olabileceği durumlarda, 25. İlke ile bağlı olmaksızın, hakikatin açığa çıkmasını sağlamak amacıyla, itirafta bulunan kişiye sığınma hakkı -mülteci statüsü değil- tanınabilir.

İLKE 29. ASKERİ MAHKEMELERİN YETKİSİYLE İLGİLİ SINIRLAMALAR

Askeri mahkemelerin yetkisi sadece askeri personel tarafından işlenen askeri suçlarla sınırlı tutulmalı ve insan hakları ihlalleri istisna tutularak normal ulusal mahkemelerin yetkisine verilmeli ya da uygun hallerde uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiillerle ilgili olarak uluslararası ya da uluslararasılaştırılmış mahkemelerce yargılama yapılmalıdır.

İLKE 30. HÂKİMLERİN AZLEDİLEMEZLİĞİ İLKESİYLE İLGİLİ SINIRLAMALAR

Hâkimlerin bağımsızlığının en temel garantisi olan azledilemezdik ilkesi, hukuk devletinin gereklerine uygun olarak atanan hâkimler için uygulanmalıdır. Aksine, hukuka aykırı olarak atanan ya da yargı yetkisini sadakatinden alan yargıçların görevlerine paralellik ilkesi doğrultusunda yasal olarak son verilebilir. İhraç kararlarına karşı yeniden iade talebiyle bağımsızlık ve tarafsızlık kriterlerini karşılayan bir usul çerçevesinde itiraz etme hakkı tanınmalıdır.

IV. GİDERİM HAKKI / TEKRARLANMAMA GÜVENCELERİ

A. Giderim Hakkı

İLKE 31. GİDERİM SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN DOĞAN HAKLAR VE ÖDEVLER

İnsan haklarının herhangi bir ihlali, mağdur ya da yakınları için bir giderim hakkı doğurur; devlet için ise giderim sağlama ödevini ima eder ve mağdur için failden giderim talep etme imkânı sunar.

İLKE 32. GİDERİM USULLERİ

Tüm mağdurlar 23. İlkede belirtilen sınırlamalara tabii olan ceza, hukuk, idare ve disiplin prosedürleri şeklinde, ulaşılabilir, hızlı ve etkili çözüm yollarına erişme hakkına sahiptir. Bu hakkı kullanırken tehdit ve misillemelere karşı koruma altına alınmalıdırlar.

Giderim aynı zamanda, yasal ya da idari tedbirlere dayanan, ulusal ya da uluslararası kaynaklarca finansmanı sağlanan, bireyleri ve toplulukları hedef alan programlar yoluyla da sağlanabilir. Mağdurlar ve sivil toplumun diğer aktörleri bu tür programların tasarlanmasında ve uygulanmasında anlamlı bir rol oynamalıdır. Kadınların ve azınlık gruplarının giderim programlarının gerçekleştirilmesi uygulanması ve değerlendirilmesini amaçlayan kamusal müzakerelere aktif olarak katılmalarını sağlamak için düzenli olarak çaba gösterilmelidir.

Giderim hakkını hayata geçirmek uygulanabilir uluslararası ve bölgesel mekanizmalara erişimi de içerir.

İLKE 33. GİDERİM USULLERİNİN TANITILMASI

Mağdurlara giderim haklarını kullanma imkânı veren özel olarak geliştirilmiş prosedürler hem özel hem de devlete ait medya araçları aracılığıyla mümkün olan en iyi şekilde duyurulmalıdır. Bu şekilde bilgilendirme, hem yurt içinde hem de yurt dışında konsolosluklar vasıtasıyla, özellikle de çok sayıda mağdurun sürgüne mecbur edildiği ülkelerde gerçekleştirilmelidir.

İLKE 34. GİDERİM HAKKININ KAPSAMI

Giderim hakkı mağdurun uğradığı tüm zararları kapsamalıdır; giderim uluslararası hukukun öngördüğü şekilde, eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon ve tatmin önlemlerini içermelidir.

Zorla kaybedilme vakalarında doğrudan mağdurun ailesi mağdurun nerede olduğu ya da akıbeti hakkında bilgilendirilme konusunda zamanaşımına uğramaz bir hakka sahiptir ve mağdurun ölmesi durumunda, faillerin tespit edilip kovuşturulmasından bağımsız olarak, ceset teşhis edilir edilmez hemen ailesine teslim edilmelidir.

B. İhlallerin Yinelememesi Güvenceleri

İLKE 35. GENEL İLKELER

Devletler mağdurların bir kez daha haklarının ihlal edilmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalmamasını güvence altına almalıdır. Bu amaçla, Devletler hukuk devletine saygıyı sağlamak, insan haklarına saygı kültürünü güçlendirmek ve bunun sürekliliğini sağlamak ve hükümet kurumlarına kamuoyunun duyduğu güveni yeniden tesis etmek ya da güçlendirmek amacıyla kurumsal reformları ve gerekli diğer tedbirleri hayata geçirmelidir. Kadınların ve azınlık gruplarının kamu kurumlarında yeterli şekilde temsil edilmesi bu hedeflerin gerçekleşmesi için hayati öneme sahiptir. İhlallerin tekrar edilmesini engellemeyi hedefleyen kurumsal reformlar, mağdurlar ve sivil toplumun diğer aktörleri de dahil olmak üzere, geniş kapsamlı kamusal müzakereler yoluyla geliştirilmelidir.

Bu reformlar aşağıdaki amaçları hedeflemelidir:

a. Kamu kurumlarının hukuk devletine istikrarlı olarak uyumu;

b. İnsan hakları ve/veya insancıl hukuk ihlaline olanak tanıyan yasaların lağvedilmesi ve demokratik kurumların ve süreçlerin güvence altına alınmasını temin eden tedbirler de dahil olmak üzere, insan haklarına ve insancıl hukuka saygı duyulmasını teminat altına alacak yasal ve diğer tedbirlerin alınması;

c. Askeri ve güvenlik güçlerinin ve istihbarat birimlerinin sivillerce kontrol edilmesi ve devletle bağlantılı paramiliter grupların lağvedilmesi;

d. Silahlı çatışmalara katılan çocukların tekrar topluma kazandırılması.

İLKE 36. DEVLET KURUMLARINDA REFORM

Devletler kamu kurumlarının, hukuk devletine saygı duyulmasını ve insan haklarının korunmasını güvence altına alacak şekilde organize edilmesini sağlamak üzere yasal ve idari reformlar da dahil olmak üzere, tüm gerekli tedbirleri almalıdır. Devletler asgari düzeyde aşağıdaki tedbirleri almalıdır:

a. Ağır insan hakları ihlallerinden kişisel olarak sorumlu olan kamu çalışanları, özellikle de askeri, güvenlik, polis, istihbarat ve adli birimlerde çalışanlar, Devlet kurumalarında çalışmaya devam etmemelidir. Bu şekilde işten uzaklaştırmalar adil yargılanma ilkelerine ve ayrımcılık yasağına uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiillerden kişisel sorumluluğu olduğu gerekçesiyle resmen suçlanan kişiler cezai ya da disiplin süreçleri boyunca resmi görevlerinden uzaklaştırılmalıdırlar;

b. Yargıya ilişkin olarak, devletler uluslararası adil yargılanma standartlarına uygun olarak mahkemelerin bağımsız, tarafsız ve etkili bir şekilde işlemesi için gerekli tüm tedbirleri mutlaka almalıdır. Gözaltına almanın hukukiliğine itiraz hakkı (habeas corpus) hangi adla anılırsa anılsın mutlaka vazgeçilemez bir hak olarak görülmelidir;

c. Askeri ve güvenlik güçlerinin yanı sıra istihbarat birimlerinin de sivillerce kontrol edilmesi teminat altına alınmalıdır ve gerekirse yeni baştan oluşturulmalı ya da yeniden düzenlenmelidir. Bu amaçla Devletler, yasamaya ait denetim organları da dahil olmak üzere askeri ve güvenlik güçlerinin yanı sıra istihbarat birimlerinin de sivil denetimini sağlayacak etkili kurullar oluşturmalıdırlar;

d. Sivil şikâyet mekanizmaları oluşturulmalı ve etkin bir şekilde işlemesi garanti altına alınmalıdır;

e. Başta askeri, güvenlik, polis, istihbarat ve adli birimlerde yer alanlar olmak üzere kamu görevlileri ve çalışanları, insan hakları ve uygulanabilir olduğu durumlarda insancıl hukuk standartları ve bu standartların uygulanması konularında kapsamlı ve sürekli eğitimlere tabii tutulmalıdır.

İLKE 37. YARI-RESMİ PARAMİLİTER GRUPLARIN LAĞVEDİLMESİ/ÇOCUKLARIN TERHİS EDİLMESİ VE TOPLUMA YENİDEN KAZANDIRILMASI

Yarı-resmi ya da gayri resmi silahlı gruplar derhal lağvedilmelidir. Ordu, polis, istihbarat ve güvenlik birimleri de dahil olmak üzere devletle olan ilişkileri ve bağlantıları tüm yönleriyle incelenmeli ve elde edilen bilgiler kamuoyuyla paylaşılmalıdır. Devletler bu türden grupların üyelerinin topluma yeniden kazandırılmasını sağlamak üzere bir yeniden dönüşüm planı geliştirmelidir.

Bu türden grupların kurulmasında ve gelişmesinde payı bulunan, özellikle maddi ya da lojistik destek sağlayan, üçüncü ülkelerin iş birliğini sağlamak için gerekli tedbirler alınmalıdır.

Çatışmalarda kullanılan ya da görevlendirilen çocuklar terhis edilmeli veya görevlerine son verilmelidir. Gerektiğinde devletler bu çocukların fiziksel ve psikolojik açıdan iyileşmeleri ve sosyal entegrasyonları için gerekli tüm uygun destek ve yardımı sağlamalıdır.

İLKE 38. CEZASIZLIĞA KATKIDA BULUNAN YASALARIN VE KURUMLARIN REFORMU

İnsan hakları ihlallerine katkıda bulunan ya da meşrulaştıran yasalar ve idari düzenlemeler ile kurumlar kaldırılmalı ya da lağvedilmelidir. Özellikle olağanüstü hâl yasaları ve buna ilişkin her tür mahkemeler, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile garanti altına alınmış olan temel hak ve özgürlükleri ihlal ettikleri ölçüde kaldırılmalı ya da lağvedilmelidir. İnsan haklarının korunmasını ve demokratik kurumların ve süreçlerin güvence altına alınması için gerekli yasal düzenlemeler kabul edilmelidir.

Bu tür reformlara temel oluşturması bakımından, demokrasiye ve/veya barış sürecine geçiş veya bunların yeniden tesisi dönemlerinde Devletler yasaları ve idari düzenlemeleri çok kapsamlı bir şekilde gözden geçirmelidir.

EK - 2

AĞIR ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU İHLALLERİ VE CİDDİ ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK İHLALLERİ MAĞDURLARI İÇİN BAŞVURU YOLU VE GİDERİM HAKKINA DAİR TEMEL İLKELER VE REHBER KURALLAR

(Bu belgenin çevirisinde Uluslararası Hukukçular Komisyonu'nun 2018 tarihli gözden geçirilmiş Ağır İnsan Hakları İhlalleri İçin Çözüm (Başvuru) ve Telafi Hakkı - Uygulayıcı Rehberi'nin Türkçe Baskısının eklerindeki çeviri esas alınmıştır)

AĞIR ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU İHLALLERİ VE CİDDİ ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK İHLALLERİ MAĞDURLARI İÇİN BAŞVURU YOLU VE GİDERİM HAKKINA DAİR TEMEL İLKELER VE REHBER KURALLAR

Önsöz

Genel Kurul,

Çok sayıda uluslararası belgede yer alan uluslararası insan hakları hukuku ihlallerine maruz kalan mağdurlara başvuru yolu hakkı tanıyan hükümleri, özellikle de İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 8. maddede, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 2. maddede, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme 6. Maddede, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme 14. Maddede, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme 39. Maddede ve uluslararası insancıl hukukta yer alan Kara Savaşlarına Dair Hukuk ve Teamüllerle ilgili 18 Ekim 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin 3. Maddesinde (1907 sayılı Sözleşme), 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasıyla ilgili Protokolün (Protokol I) 91'inci maddesinde ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünün 68 ve 75 maddelerinde yer alan hükümleri hatırda tutarak,

Bölgesel sözleşmelerde yer alan uluslararası insan hakları ihlallerinin mağdurlarına başvuru yolu hakkı tanıyan hükümleri, özellikle de İnsan ve Halkların Haklarına İlişkin Afrika Şartı 7. maddede, İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi 25. maddede., ve İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi 13. maddede yer alan hükümleri hatırda tutarak,

Suçları Önleme ve Suçlulara Muameleye Dair Yedinci Birleşmiş Milletler Kongresi müzakerelerinden kaynaklanan ve Kongre tarafından önerilen metnin 29 Kasım 1985 tarih ve 40/34 sayılı Genel Kurul kararıyla kabul edilen Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Adalet Temel İlkeleri Bildirgesini hatırda tutarak,

Mağdurlara şefkatle muamele edilmesi ve onurlarına saygı gösterilmesi, adalete ve giderim mekanizmalarına erişim haklarına tam olarak saygı gösterilmesi ve Mağdurlara tazminat ödenmesi için ulusal fonların oluşturulması, güçlendirilmesi ve yaygınlaştırılmasının teşvik edilmesi ve mağdurlar için uygun hakların ve çözüm yollarının hızlı bir şekilde geliştirilmesi de dahil olmak üzere, Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Adalet Temel İlkeleri Bildirgesinde belirtilen prensipleri yeniden teyit ederek,

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünün "eski hale iade, tazminat ve rehabilitasyon da dahil olmak üzere mağdurlara giderim sağlanması veya mağdurlarla ilgili ilkelerin" geliştirilmesini gerektirdiğini ve Taraf Devletler Kurulu'nun, Mahkemenin yargı yetkisi dahilindeki suç mağdurlarının ve bu mağdurların ailelerinin menfaatleri için bir giderim fonu oluşturmasını gerektirdiği ve Mahkeme'nin "mağdurların güvenliğini, fiziksel ve psikolojik refahını, itibarını ve mahremiyetini korumasını" emrettiğini, ve mağdurların "Mahkemenin uygun gördüğü prosedürlerin tüm aşamalarına" katılımına izin verdiğini, dikkate alarak,

Burada yer alan Temel İlkelerin ve rehber kuralların, doğası gereği insan onuruna saldırı teşkil eden ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlallerine ve ciddi uluslararası insancıl hukuku ihlallerine yönelik olduğunu kabul ederek,

Temel İlkelerin ve Rehber Kuralların yeni uluslararası veya ulusal hukuki yükümlülükler içermediğini, fakat uluslararası insan hakları hukuku veya uluslararası insancıl hukuk normlarından farklı olsa da onları tamamlayıcı ve bu hukuk alanlarında zaten mevcut olan hukuki yükümlülüklerin uygulanmasına yönelik mekanizmaları, modelleri, süreçleri ve yöntemleri tanımladığını vurgulayarak,

Uluslararası hukukun, belirli uluslararası suçların faillerini Devletlerin uluslararası yükümlülükleri ve ulusal hukukun gereklilikleri uyarınca veya uluslararası yargı organlarının geçerli tüzüklerinde öngörüldüğü gibi kovuşturma yükümlülüğü içerdiğini ve kovuşturma ödevinin uluslararası yükümlülüklerin ulusal hukuki gerekliliklere ve usullere uygun olarak yerine getirilmesi gereğini güçlendirerek ulusal ve uluslararası hukukun bir birini tamamlayıcı nitelikte olduğu anlayışını desteklediğini hatırda tutarak,

Ayrıca, çağdaş mağduriyet biçimlerinin, esasen kişilere yönelik olmakla birlikte, toplu olarak hedeflenen gruplara da yönelik olabileceğine dikkat çekerek,

Mağdurların başvuru yolu ve giderimden yararlanma haklarını onurlandırırken uluslararası toplumun mağdurlar, hayatta kalanlar ve gelecek insan nesillerine inancı koruduğunu ve hesap verebilirlik, adalet ve hukukun üstünlüğü ilkelerini teyit ettiğini kabul ederek,

Mağdur odaklı bir bakış açısını benimsemek suretiyle, uluslararası toplum, uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk ihlalleri dahil olmak üzere uluslararası hukuk ihlali mağdurları ve genel olarak insanlıkla insan dayanışmasını aşağıdaki temel ilke ve rehber kurallara uygun olarak teyit ettiğine inanarak.

Aşağıdaki Temel İlkeleri ve Rehber Kuralları kabul eder:

I. Uluslararası insan hakları hukukuna ve uluslararası insancıl hukuka saygı duyma, saygı duyulmasını sağlama ve uygulama yükümlülüğü

1. İlgili hukuk sistemlerince öngörülen uluslararası insan hakları hukukuna ve uluslararası insancıl hukuka saygı duyma, saygı duyulmasını sağlama ve uygulama yükümlülüğü, aşağıdakilerden kaynaklanır:
    a. Bir Devletin taraf olduğu anlaşmalar;
    b. Uluslararası teamül hukuku;
    c. Her bir Devletin iç hukuku.
2. Eğer daha önce yapmadılarsa, Devletler, uluslararası hukukun gerekleri uyarınca, iç hukuklarının uluslararası hukuki yükümlülüklere uygunluğunu şu yollarla sağlamalıdır:
    a. Uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk normlarını kendi iç hukuklarına dahil etmek veya iç hukuk sistemlerine uygulamak;
    b. Adalete adil, etkili ve hızlı erişim sağlayan uygun ve etkili yasal ve idari prosedürleri ve diğer uygun önlemleri kabul etmek;
    c. Aşağıda tanımlandığı şekilde giderim dahil olmak üzere yeterli, etkin, hızlı ve uygun başvuru yolları sunulması;
    d. İç hukuklarının, mağdurlar için en az uluslararası yükümlülüklerinin gerektirdiği düzeyde koruma sağlamasını güvence altına almak.

II. Yükümlülüğün kapsamı

3. İlgili hukuk sistemlerince öngörülen uluslararası insan hakları hukukuna ve uluslararası insancıl hukuka saygı duyma, saygı duyulmasını sağlama ve uygulama yükümlülüğü, diğerlerinin yanı sıra aşağıdaki ödevleri içerir:

   a. İhlalleri önlemek için uygun yasal ve idari ve diğer uygun önlemleri alma;

   b. İhlalleri etkin, hızlı, eksiksiz ve tarafsız bir şekilde araştırma ve uygun olan hallerde, yerel ve uluslararası yasalara uygun olarak sorumlu oldukları iddia edilen kişilere karşı harekete geçme;

   c. Nihayetinde ihlalin sorumluluğunu üstlenenin kim olduğuna bakılmaksızın, aşağıda açıklandığı şekilde insan hakları ya da insancıl hukuk ihlali mağduru olduklarını iddia edenlere adalete eşit ve etkin erişim sağlama; ve

   d. Mağdurlara, aşağıda belirtildiği gibi giderim de dahil olmak üzere etkili başvuru yolları sağlama.

III. Uluslararası hukuka göre suç teşkil eden ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri

4. Uluslararası hukukta suç teşkil eden ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri durumunda, Devletlerin soruşturma ve yeterli delil olması durumunda, ihlallerden sorumlu olduğu iddia edilen kişiyi kovuşturmaya sunma ve suçlu bulunursa, onu cezalandırma ödevi vardır. Ayrıca, bu durumlarda, Devletler uluslararası hukuka uygun olarak birbirleriyle iş birliği yapmalı ve bu ihlallerin soruşturulması ve kovuşturulmasında yetkin uluslararası yargı organlarına yardımcı olmalıdır.

5. Bu amaçla, geçerli bir antlaşmada veya diğer uluslararası hukuk yükümlülükleri çerçevesinde verilmişse, Devletler kendi iç hukuklarına evrensel yargıya uygun hükümleri dahil edecek veya uygulayacaklardır. Ayrıca, geçerli bir antlaşmada veya diğer uluslararası ya- sal yükümlülüklerde sağlandığı durumlarda, Devletler faillerin diğer Devletlere ve uygun uluslararası yargı organlarına sınır dışı edilmesini veya teslim olmalarını kolaylaştırmalı ve uluslararası insan hakları yasal standartlarına uygun olarak ve işkencenin yasaklanması ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezalandırma yasağı ile ilgili olanlar gibi uluslararası hukuki gerekliliklere tabi olan mağdurlara ve tanıklara yardım ve koruma dahil olmak üzere uluslararası adalet arayışında adli yardım ve diğer işbirliği biçimlerini sağlamalıdır.

IV. Zamanaşımı

6. Uygulanabilir bir antlaşmada öngörüldüğü veya diğer uluslararası hukuki yükümlülüklerde bulunduğu takdirde, uluslararası hukuka göre suç oluşturan ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.

7. Medeni hak talepleri ve diğer usuller için geçerli zamanaşımı sınırlamaları da dahil olmak üzere, uluslararası hukukta suç teşkil etmeyen diğer tür ihlallere ilişkin iç hukuktaki zamanaşımı kuralları, hakkaniyete aykırı şekilde kısıtlayıcı olmamalıdır.

V. Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri mağdurları

8. Bu belgenin amaçları açısından, mağdurlar, ağır uluslararası insan hakları ihlali ya da ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlali teşkil eden eylemler veya ihmaller yoluyla, fiziksel veya zihinsel yaralanma, duygusal acı, ekonomik zarar veya temel haklarının önemli ölçüde zarar görmesi dahil, bireysel veya toplu olarak zarar görmüş kişilerdir. Uygun olduğunda ve yerel yasalara uygun olarak "mağdur" terimi, doğrudan mağdurun yakın ailesini veya bakmakla yükümlü olduğu kişileri ve mağdurların sıkıntılarını ve mağduriyetlerini engellemek için müdahale ederken ya da yardım ederken zarar gören kişileri de içerir.

9. Bir kişi, ihlal failinin belirlenmesine, yakalanmasına, kovuşturulmasına veya mahkûm edilmesine bakılmaksızın ve fail ile mağdur arasındaki aile ilişkisine bakılmaksızın mağdur sayılır.

VI. Mağdurlara muamele

10. Mağdurlara insanca ve onurlarına ve insan haklarına saygı ile muamele edilmeli ve güvenliklerini, fiziksel ve psikolojik iyiliklerini ve mahremiyetlerini ve ailelerinin güvenliğini sağlamak için uygun önlemler alınmalıdır. Devlet, iç yasalarının, mümkün olduğu ölçüde, şiddet görmüş veya travma geçirmiş bir mağdurun, adaleti sağlamak ve giderim elde etmek için tasarlanan yasal ve idari prosedürler sırasında travmatize edilmemesi için özel ilgi ve bakımdan yararlanmasını sağlamalıdır.

VII. Mağdurların başvuru yolu (başvuru) hakları

11. Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri ve ciddi ulusla- rarası insancıl hukuk ihlalleri için başvuru yolları, uluslararası hukukta öngörüldüğü şekilde mağdurun aşağıdaki haklarını içerir:

    a. Adalete eşit ve etkili erişim;

    b. uğradığı zararın yeterli, etkili bir şekilde ve derhal giderim edilmesi;

    c. İhlale ve giderim mekanizmalarına ilişkin ilgili bilgilere erişim.

VIII. Adalete erişim

12. Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali veya ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlali mağduru, uluslararası hukukta öngörüldüğü şekilde, etkili bir yargısal başvuru yoluna eşit erişime sahip olacaktır. Mağdur için mevcut diğer başvuru yolları arasında idari ve diğer organlara erişimin yanı sıra iç hukuka uygun olarak yürütülen mekanizmalar, modeller ve usuller de bulunmaktadır. Adalete ve adil ve tarafsız süreçlere erişim hakkını güvence altına almakla ilgili uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler, iç hukuklara yansıtılmalıdır. Bu amaçla, Devletler:

    a. Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için mevcut tüm başvuru yolu yolları hakkındaki bilgileri kamu ve özel mekanizmalar aracılığıyla yaymalı;

    b. Mağdurlara ve temsilcilerine yönelik sıkıntıları en aza indirmek, mahremiyetlerine yönelik yasadışı müdahalelere karşı uygun şe- kilde korumak ve

mağdurların çıkarlarını etkileyen adli, idari ve di- ğer süreçler öncesinde, sırasında ve sonrasında mağdurların yanı sıra ailelerinin ve tanıkların aşağılama ve misillemeye karşı güvenliklerini sağlamak için önlemler almalı;

c. Adalete erişmek isteyen mağdurlara uygun yardım sağlamalı;

d. Mağdurların, ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri veya ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için başvuru yolu haklarını kullanabilmelerini sağlamak için uygun tüm yasal, diplomatik ve konsolosluk olanaklarını sağlamalıdır.

13. Bireysel adalete erişimin yanı sıra, Devletler mağdur gruplarının giderim talebinde bulunmalarını ve uygun şekilde giderim almalarını sağlayacak prosedürler geliştirmeye çalışmalıdır.

14. Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri veya ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için yeterli, etkili ve hızlı bir çözümün, bir kişinin yasal olarak sahip olabileceği tüm mevcut ve uygun uluslararası süreçleri içermesi ve diğer iç hukuk yollarına halel getirmemesi gerekir.

IX. Uğranılan Zararların giderimi

15. Yeterli, etkili ve derhal giderimin amacı, ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlallerini veya ciddi uluslararası insancıl hukukun ihlallerini gidererek adaleti sağlamaktır. Giderim, ihlallerin ağırlığı ve uğranılan zararla orantılı olmalıdır. Yerel yasalara ve uluslararası yasal yükümlülüklere uygun olarak bir Devlet, Devlete atfedilebilecek ve uluslararası insan hakları hukukunun ağır ihlallerini veya uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerini teşkil eden eylem ve ihmallerden dolayı mağdurlara giderim sağlamalıdır. Bir kişinin, bir tüzel kişinin veya başka bir kurumun mağdurun tazmininden sorumlu tutulduğu durumlarda, bu taraf mağdura giderim sağlamalı ya da daha önce Devlet mağdura giderim sağladıysa, Devlet bu tarafa rücu etmelidir.

16. Devletler, zarardan sorumlu olan tarafların yükümlülüklerini yerine getirememesi veya getirmemesi halinde mağdurlara giderim sağlanması ve diğer yardımlar için ulusal programlar oluşturmalıdır.

17. Devletler, mağdurların talepleri ile ilgili olarak, zarardan sorumlu olan kişi ve kurumların giderim sağlamasına ilişkin yargı kararlarını uygulamalı ve giderime ilişkin geçerli yabancı mahkeme kararlarını iç hukuka ve uluslararası yükümlülüklere uygun olarak yerine getirmelidir. Bu amaçla, Devletler kendi iç yasaları uyarınca giderime ilişkin kararların uygulanması için etkili mekanizmalar sağlamalıdır.

18. İç hukuka ve uluslararası hukuka uygun olarak ve bireysel durumları dikkate alarak, ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlali mağdurlarına, ihlalin ağırlığına ve olayın koşullarına uygun ve orantılı olarak, 19 ila 23 maddeler arasındaki ilkelerde belirtildiği üzere aşağıdaki formları içeren tam ve etkili giderim sağlanmalıdır: eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve tekrarlanmama garantisi.

19. Eski hale iade, mümkün olduğu takdirde, mağduru, ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali veya ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlali meydana gelmeden

önceki orijinal durumuna getirmelidir. Eski hale iade, uygun olduğu durumlarda şunları içerir: yeniden özgürlüğe kavuşturma, insan haklarından yararlanma, kimliğin, aile hayatı ve vatandaşlığın iadesi, kişinin ikamet yerine geri dönmesi, işine iade edilmesi, mülkün iadesi.

20. Ekonomik olarak değerlendirilebilecek herhangi bir zarar için ihlalin ağırlığına ve her bir vakanın koşullarına uygun ve orantılı olarak, tazminat ödenmelidir, ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden kaynaklanan aşağıdaki gibi zararlar için;

    a. Fiziksel veya zihinsel zarar;

    b. İstihdam, eğitim ve sosyal yardımlar dahil olmak üzere kaçırılan fırsatlar;

    c. Kazanma potansiyeli kaybı dahil, maddi zarar ve kazanç kaybı;

    d. Manevi zarar;

    e. Hukuki veya uzman yardımı, tıp ve sağlık hizmetleri ile psikolojik ve sosyal hizmetler için gereken masraflar.

21. Rehabilitasyon, tıbbi ve psikolojik bakımın yanı sıra yasal ve sosyal hizmetleri de içermelidir.

22. Tatmin, uygulanabilir olduğu durumlarda, aşağıdakilerden herhangi birini veya tümünü içermelidir:

    a. Devam eden ihlallerin sona ermesini amaçlayan etkili önlemler;

    b. Gerçeklerin açığa çıkarılması ve bu açıklamanın, mağdurun, mağdurun akrabalarının, tanıkların veya mağdura yardım etmek üzere sürece müdahale eden kişilere daha fazla zarar vermeyeceği ve güvenliklerini tehlikeye atmadığı ölçüde hakikatin tam olarak ve kamuya açıklanması, başka ihlallerin ortaya çıkmasını engellemek veya önlemek;

    c. Kaybedilenlerin nerede olduğunun, kaçırılan çocukların kimliklerinin ve öldürülenlerin cesetlerinin aranması ve cesetlerin bulunması, kimliklerinin belirlenmesi ve mağdurun arzusuna veya ailelerin ve toplumun kültürel uygulamalarına uygun olarak gömülmesine yardım etmek;

    d. Mağdurun ve mağdurla yakın ilişki içinde bulunan kişilerin onurunu, itibarını ve haklarını iade eden resmi bir beyan veya yargısal karar;

    e. Gerçeklerin kabulü ve sorumluluğun üstlenilmesi de dahil olmak üzere kamusal özür;

    f. İhlallerden sorumlu kişilere yönelik adli ve idari yaptırımlar;

    g. Mağdurları anma ve saygı ifade etme;

    h. Uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk eğitiminde ve her düzeyde eğitim materyaline meydana gelen ihlallerin doğru bir şekilde dahil edilmesi.

23. Tekrarlanmama garantisi, mümkün olduğunda, önlemeye katkıda bulunacak olan aşağıdaki önlemlerden herhangi birini veya tümünü içermelidir:

a. Askeri ve güvenlik güçleri üzerinde etkin bir sivil kontrol sağlamak;

b. Tüm sivil ve askeri yargılamaların, adil yargılanma, adalet ve tarafsızlığa ilişkin uluslararası standartlara uymasını sağlamak;

c. Yargının bağımsızlığını güçlendirmek;

d. Adli, tıbbi ve sağlık mesleklerinde, medyada ve diğer mesleklerde çalışan insanları ve insan hakları savunucularını korumak;

e. Öncelikle ve sürekli olarak, insan hakları ve uluslararası insancıl hukuk eğitimini toplumun tüm kesimlerine sağlamak ve kolluk kuvvetleri ile askeri ve güvenlik güçlerini bu eğitimlere tabi tutmak;

f. Kolluk, cezaevi ve ıslah, medya, tıbbi, psikolojik, sosyal hizmet ve askeri personel ve ayrıca ekonomik teşebbüsler dahil olmak üzere kamu görevlilerinin davranış kurallarına ve etik normlara, özellikle uluslararası standartlara uymasının teşvik edilmesi;

g. Sosyal çatışmaları önleme ve izleme mekanizmalarını ve çözümlenmelerini teşvik etmek;

h. Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlallerine ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerine katkıda bulunan veya izin veren yasaları gözden geçirmek ve iyileştirmek.

X. İhlaller ve giderim mekanizmaları ile ilgili bilgilere erişim

24. Devletler, genel kamuoyunu ve özellikle de ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlali mağdurlarını, bu Temel İlkeler ve Rehber Kurallarda yer alan haklar ve başvuru yolları ve mağdurların erişebileceği tüm mevcut hukuki, tıbbi, psikolojik, sosyal, idari ve diğer tüm hizmetler konusunda bilgilendirecek araçlar geliştirmelidir. Ayrıca, mağdurlar ve temsilcileri, mağduriyetlerine neden olan nedenler ve ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlallerine ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerine ilişkin sebep ve koşullar hakkında bilgi alma ve bu ihlallerle ilgili olarak hakikati öğrenme hakkına sahip olmalıdır.

XI. Ayrımcılık yapmama

25. Bu İlkeler ve Rehber Kuralların uygulanması ve yorumlanması, uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk ile tutarlı olmalı ve istisnasız bir şekilde herhangi bir zeminde herhangi bir ayrımcılık yapılmamalıdır.

XII. Derogasyon (yükümlülük azaltma) yasağı

26. Bu Temel İlke ve Rehber Kurallarda yer alan hiçbir hüküm, ulusal ve uluslararası hukuktan kaynaklanan hak veya yükümlülükleri kısıtlayıcı veya azaltıcı bir şekilde yorumlanamaz. Özellikle, bu Temel İlke ve Rehber Kuralların, uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin mağdurlarının başvuru yolu ve giderim haklarına halel getirilmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca, bu Temel İlke ve Rehber Kuralların uluslararası hukukun özel kurallarına halel getirmediği anlaşılmaktadır.

XIII. Başkalarının hakları

27. Bu belgenin hiçbir hükmü, başkalarının uluslararası veya ulusal olarak korunan haklarından, özellikle de suçlanan bir kişinin adil yargılanma standartlarından faydalanma hakkını kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanamaz.

EK - 3

AĞIR İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDE CEZASIZLIĞIN ORTADAN KALDIRILMASI AVRUPA KONSEYİ REHBER İLKELERİ

(Bu belgenin çevirisinde Avrupa Konseyi'nin 2013 tarihli Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılması adlı kitabından Zeynep Güllü çevirisi esas alınmıştır.)

AĞIR İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDE CEZASIZLIĞIN ORTADAN KALDIRILMASI AVRUPA KONSEYİ REHBER İLKELERİ

(Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 30 Mart 2011 tarihli 1110. Bakan Yardımcıları toplantısında kabul edilen Rehber İlkeler)

Başlangıç

Bakanlar Komitesi,

Ağır insan hakları ihlallerine yol açan eylemlerden sorumlu faillerin bu eylemlerinden dolayı hesap vermeleri gerekliliğini hatırlatarak;

Hesap sorulabilirliğin yokluğu nedeniyle, faillerin ve diğer kimselerin cezalandırma korkusu olmadan daha fazla suç işleme konusunda kendilerini serbest hissetmelerinin suçların tekrar işlenmesini teşvik ettiğini hatırlatarak;

Ağır insan hakları ihlallerine yol açan eylemlerden sorumlu faillerin cezasız kalmasının mağdurlara daha fazla acı verdiğini hatırlatarak;

Cezasızlıkla, mağdurlar bakımından bir adalet sorunu ve yeni ihlallerin önlenmesinde caydırıcı bir unsur olarak mücadele edilmesi, ayrıca mücadele edilirken hukukun üstünlüğünün sağlanması ve ağır insan hakları ihlallerinin yaşandığı yerler dahil olmak üzere adalete olan güvenin sağlanması gerektiği dikkate alınarak;

Cezasızlığa son verilmesi için devletlerin uluslararası düzeyde işbirliği yapması gerektiği dikkate alınarak;

Parlamenterler Meclisi tarafından Avrupa'da insan haklarının durumuyla ilgili 1876 (2009) sayılı tavsiye kararında cezasızlığın ortadan kaldırılması gerektiğini, atılan adımların dünya genelindeki cezasızlıkla mücadeleye katkı sağlayabileceği hatırlatılması ile cezasızlığın kıta çapında ortadan kaldırılmasının Avrupa Konseyinin önemli hedeflerinden biri olduğunu tekrar teyit ederek;

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (*ETS NO:5, bundan böyle "Sözleşme" olarak anılacaktır*), Mahkeme içtihatlarını, Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) standartları ile Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan diğer ilgili standartlarını akılda tutarak;

Cezasızlıkla mücadelede Mahkeme kararlarının tam ve süratli bir şekilde uygulanmasının önemli bir unsur olduğuna dikkat çekerek;

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun, Cezasızlıkla Mücadele için Eylem yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesine ilişkin Prensipler Setini akılda tutarak;

Sözleşmenin 13. maddesi, BM Sivil ve Politik Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 2. maddesi ve Uluslararası İnsan Hakları Bildirgesinin 8. maddesi başta olmak üzere çeşitli uluslararası sözleşmelerde yer alan ve BM Genel Kurulunun Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun topyekun ihlali ve Uluslararası İnsani Hukukun Ağır ihlallerinin Mağdurları için Başvuru Yolu ve Giderim Hakkı İlkeleri ve Kılavuzunda da belirtildiği üzere insan hakları ihlalleri mağdurlarının etkili bir çözüme kavuşma hakkının önemini hatırlatarak,

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin suç mağdurlarına yardımla ilgili Rec (2006)8 sayı ve 14 Haziran 2006 tarihli tavsiye kararı ile BM Genel Kurulunun Suç Mağdurları için Adalet ve Gücün Kötüye Kullanımı Bildirgesini dikkate alarak;

Cezasızlıkla mücadelede ağır insan hakları ihlalleriyle suçlanan kişilerin temel hakları ile hukukun üstünlüğüne saygı gösterilmesinin sağlanması gerektiği akılda tutularak, Aşağıda kılavuz ilkeleri kabul eder ve üye devletleri bu ilkeleri etkili bir şekilde uygulamaya davet eder. Ayrıca bu ilkelerin gerektiğinde tercüme edilerek cezasızlıkla mücadeleden sorumlu tüm kurumlar arasında geniş çapta yaygınlaştırılmasını sağlar.

I. Cezasızlıkla mücadele gereklidir

1. Bu kılavuz ilkeler ağır insan hakları ihlalleri bakımından cezasızlık sorununu ele almaktadır. Cezasızlık ağır insan hakları ihlallerinden sorumlu faillerin eylemleri için hesap vermemesi sonucunda ortaya çıkmaktadır.

2. Cezasızlık, ağır insan hakları ihlallerine karşı kurumların veya devlet yetkililerinin gereken tepkiyi vermemeleri nedeniyle orta çıkmakta veya kolaylaşmaktadır. Bu koşullar altında sorun devlet kurumları ile yargı veya idarenin her seviyesinde aranabilir.

3. Devletler, cezasızlıkla mücadeleyi mağdurlar bakımından bir adalet meselesi ve yeni ihlallerin önlenmesi bakımından caydırıcı bir unsur olarak ele almalıdır ve bu mücadelede hukukun üstünlüğü ile adalete olan güvenin sağlanması gerekmektedir.

II. Kılavuzun Kapsamı

1. Bu kılavuz ilkelerde ağır insan hakları ihlallerine yol açan ve ilgili devletin yetki alanı içinde meydana gelen eylem veya ihmallerle ilgili cezasızlık ele alınmaktadır.

2. Kılavuz, devletlere hitap etmekte ve devlet yetkilileri dahil devletler tarafından gerçekleştirilen eylem veya ihmalleri kapsamaktadır. İlkeler ayrıca devletlerin Sözleşme kapsamında devlet dışı aktörler bakımından pozitif adım atma yükümlülüklerini de kapsamaktadır.

3. Bu kılavuzun amaçları bakımından, "ciddi insan hakları ihlalleri", Sözleşme, Mahkeme içtihatları ile yürürlükteki ceza yasaları uyarınca Devletlerin saygı duyma yükümlüğüne ilişkin eylemleri kapsamaktadır. Bu yükümlülükler, yaşam hakkı (Sözleşmenin 2. maddesi), işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı (Sözleşmenin 3. maddesi), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (Sözleşmenin 4. maddesi), özgürlük ve güvenlik hakkının belirli yönleri (Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrası) ve özel ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında (Sözleşmenin 8. maddesi) ortaya çıkan yükümlülüklerdir. Bu maddelerle ilgili ihlallerin hepsi ağır insan hakkı ihlali anlamına gelmez.

4. Kılavuzda, "failler", ağır insan hakları ihlallerine yol açan eylem veya ihmallerden sorumlu olan kişileri ifade etmektedir.

5. Kılavuzda "mağdur", ağır bir insan hakkı ihlalinden dolayı fiziksel veya zihinsel zarar görmüş, duygusal veya ekonomik kayıp yaşamış kişiyi ifade etmektedir. "Mağdur" ifadesi ayrıca, mağdurun ailesi veya bakmakla yükümlü olduğu kişileri de kapsayabilir. İhlalin failinin belirlenmiş olması, failin tutuklanması, hakkında dava açılması veya hüküm giymesi ve fail ile mağdur arasındaki ailevi ilişkiye

bakılmaksızın bir kişi "mağdur" olarak nitelendirilebilecektir.

6. Bu ilkeler cezasızlıkla ilgili diğer standartları tamamlar ancak onların yerine geçmez. Özellikle de, devletlerin, uluslararası insani hukuk ve uluslararası ceza hukuku dahil olmak üzere uluslararası hukuk çerçevesindeki yükümlülük ve sorumluluklarını ne artırmakta ne de kısıtlamaktadır. Söz konusu ilkelerin uluslararası insan hakları hukuku ve diğer uluslararası hukuk kuralları arasındaki ilişkiye dair soruları cevaplamak gibi bir amacı yoktur. Bu kılavuzda yer alan hiçbir şey, devletleri cezasızlıkla mücadelede daha sıkı veya daha kapsamlı tedbirler almalarını veya uygulamalarını engellemez.

III. Cezasızlığın önlenmesi ile ilgili genel tedbirler

1. Cezasızlığa katkıda bulunan yasal boşlukları önlemek için,

Devletler, Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmek ve ağır insan hakları ihlallerini uygun ceza biçimleriyle etkili bir şekilde cezalandırmak amacıyla gerekli ceza kanunu hükümlerini kabul etmek adına gerekli tüm tedbirleri almalıdır. Bu hükümler ilgili yürütme ve yargı otoriteleri tarafından tutarlı ve ayrımcı olmayacak şekilde uygulanmalıdır.

Devletler, devlet yetkililerine karşı disiplin işlemleri yapılmasına izin vermelidir.

Aynı şekilde, devletler; davranış ve uygulamaları ağır insan hakları ihlallerine yol açan devlet otoritelerine karşı ceza ve disiplin tedbirleri içeren bir mekanizma sağlamalıdır.

2. Devletler, - yetkililer ve temsilcileri dahil olmak üzere – ağır insan hakkı ihlallerini aleni biçimde kınamalıdır.

3. Devletler, cezasızlığa önayak olan kurumsal kültürü önlemek ve mücadele etmek amacıyla politikalar geliştirmeli ve uygulamaya yönelik tedbirler almalıdır. Bu tedbirler şunları içermelidir:

   - İnsan haklarına saygı kültürü ile insan haklarının ulusal düzeyde uygulanması için sistemli çalışmanın teşvik edilmesi;
   - Uygun eğitim ve kontrol mekanizmalarının kurulması veya güçlendirilmesi;
   - Yolsuzlukla mücadele politikalarının oluşturulması;
   - İlgili kurumların cezasızlığın önlenmesine ilişkin gerekli tedbirlerin alınması dahil yükümlülükleri hakkındaki bilgilendirilmeleri ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde uygun yaptırımların oluşturulması;
   - Ağır insan hakkı ihlalleri için sıfır tolerans politikası uygulanması;
   - İhlaller ve otoritelerin bu ihlallere karşı tepkileri hakkında kamuoyuna bilgi verilmesi;
   - Arşiv tutulması ve uygulanabilir mekanizmalarla arşive erişim sağlanması.

4. Devletler, ağır insan hakkı ihlali iddialarının bildirilmesiyle ilgili açık prosedürler oluşturmalı ve bunları hem kurumlarda hem de halka ilan etmelidir. Devletler bu bildirimlerin yetkili kurumlar tarafından alınmasını ve etkili bir şekilde işleme konulmasını sağlamalıdır.

5. Devletler, ağır insan hakkı ihlallerini bilen kişiler tarafından bildirim yapılmasını teşvik etmek için gerekli tedbirleri almalıdır. Bildirim yapanların herhangi bir taciz ve misillemeye karşı korunmasını sağlayacak tedbirler almalıdır.

6. Devletler, ağır insan hakkı ihlalleri ile ayrımcı eylem ve bunların tekrarlanması sonucu cezasızlığa yol açabilecek ayrımcılıkla mücadele etmek amacıyla plan ve politikalar oluşturmalıdır.

7. Devletler, memurlarının dürüst olmasını ve hesap verebilmelerini sağlayacak mekanizmalar oluşturmalıdır. Ağır bir insan hakkı ihlalinden veya cezasızlığı körüklemek veya hoş görmekten sorumlu bulunan kişiler yetkililer tarafından görevden alınmalı veya bu kişilere karşı disiplin tedbirleri alınmalıdır. Devletler davranış kuralları geliştirmeli ve bunları kurumsallaştırmalıdır.

IV. Özgürlüklerinden yoksun bırakılmış insanların ağır insan hakkı ihlallerinden korunmasına yönelik güvenceler

1. Devletler, herhangi bir hukuka aykırı tutuklama veya kötü muameleyi engellemek veya kötü muamelenin cezasız kalmamasını sağlamak amacıyla bir kamu otoritesi tarafından özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişiler için yeterli güvenceleri sağlamalıdır. Özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişiler için özellikle de aşağıdaki güvenceler sağlanmalıdır:

   - özgürlüğünden yoksun bırakılmayı seçmesi, yeri veya varsa nakiller hakkında üçüncü bir kişiye bilgi verme veya bilgi alma hakkı;
   - bir avukata erişim hakkı;
   - bir hekime erişim hakkı.

Özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişiler yukarıda sayılanlar dahil olmak üzere tüm haklarıyla ilgili açık bir şekilde bilgilendirilmelidir. Adaletin sağlanması veya kamu düzeninin korunması amacıyla bu hakların herhangi birinin kullanılmasıyla ilgili otoritelerin neden olabileceği olası bir gecikme kesin bir şekilde süreyle sınırlanmalı ve usule yönelik güvencelere tabi olmalıdır.

2. Yukarıda sıralanan haklara ilaveten, özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerin, tutukluluk hallerinin hukuka uygunluğu hakkında süratli bir kararın alınacağı ve tutuklamanın hukuka aykırı olması halinde salıverilme kararının alınacağı bir yargılanma sürecine tabi olma hakları vardır. Bir suçun işlenmesiyle ilgili olarak yakalanan veya tutuklanan kişiler derhal hakim önüne çıkarılmalıdır ve Mahkeme içtihatlarına göre bu kişilerin makul bir sürede yargılanma veya tutuksuz olarak yargılanma hakkı vardır.

3. Devletler, kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı tarih, saat ve yer ile diğer ilgili bilgileri kayıt altına alarak ağır insan hakkı ihlallerine karşı güvence sağlanması için etkili tedbirler almalıdır.

4. Devletler, tutuklama veya sorgulama yapan veya güç kullanan yetkililerin müteakip bir ceza veya disiplin soruşturmasında veya yargı yoluyla tespit edilmesini sağlamalıdır.

V. Soruşturma görevi

1. Cezasızlıkla mücadele ağır insan hakları ihlali vakalarında etkili soruşturma yapılmasını gerektirir. Bu kati bir görevdir.

- ***Yaşam hakkı (Sözleşmenin 2. maddesi)***

Yaşam hakkının korunması yükümlülüğü, her şeyden önce, bireylerin devlet yetkilileri veya özel kişiler tarafından öldürülmesi ve tüm şüpheli ölümlerde etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir. Bu yükümlülük, mağdurun ölüp ölmediğinin belli olmadığı ve zorla kaybedilme durumlarında geçerli olduğu gibi koşulların şüpheli olduğuna dair neden olması durumlarında da geçerlidir.

- ***İşkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezanın yasaklanması (Sözleşmenin 3. maddesi)***

Devletler, Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca, bir kişinin ciddi bir şekilde kötü muameleye maruz kaldığına dair gerçekçi iddiaları veya bu türden bir kötü muamelenin meydana geldiğine dair yetkililerin yeterli gerekçesi var ise usulen etkili bir şekilde soruşturmakla yükümlüdür.

- ***Köleliğin ve zorla çalıştırmanın yasaklanması (Sözleşmenin 4. maddesi)***

Köleliğin ve zorla çalıştırmanın yasaklanması, potansiyel insan ticareti olaylarının etkili bir şekilde soruşturulması bakımından usule yönelik bir yükümlülük doğurmaktadır.

- ***Özgürlük ve güvenlik hakkı (Sözleşmenin 5. maddesi)***

Özgürlük ve güvenlik hakkından doğan usule yönelik güvenceler, her şeyden önce devletlerin bir kişinin özgülüğünden yoksun bırakıldığı ve o zamandan beri görülmediğine yönelik inandırıcı iddiaları etkili bir şekilde soruşturmasını gerektirmektedir.

- ***Özel hayat ve aile hayatının korunması hakkı (Sözleşmenin 8. maddesi)***

Devletlerin 8. madde kapsamında yer alan hakların ciddi bir şekilde ihlal edildiğine dair inandırıcı iddiaları, Mahkeme içtihatlarına göre söz konusu ihlalin özelliği ve ağırlığı bakımından gerekliyse etkili bir şekilde soruşturma yükümlülüğü vardır.

2. İnandırıcı bir iddia söz konusuysa veya yetkililerin ağır bir insan hakkı ihlalinin gerçekleştiğinden şüphelenmek için makul gerekçeleri varsa, yetkililer inisiyatif alarak soruşturma başlatmalıdır.

3. Eğer ağır bir insan hakkı ihlalinin gerçekleştiğine dair nedenler varsa, mağdurun resmi şikâyette bulunmak istememesi, daha sonra şikâyetini geri çekmesi veya davaya devam etmemeye karar vermesi yetkilileri etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğünden alıkoymaz.

4. Soruşturmanın başlatılmasının reddi veya soruşturmanın sona ermesi kararı, Kılavuzun VI. bölümünde belirtildiği gibi etkili soruşturma kriterlerine uygun olarak bağımsız ve yetkili bir otorite tarafından alınabilir. Böyle bir karar usule uygun bir şekilde gerekçelendirilmelidir.

5. Bu tür kararlar ayrıntılı bir incelemeye tabi olmalı ve yargı yoluyla itiraz edilebilir olmalıdır.

VI. Etkili soruşturma ölçütleri

Bir soruşturmanın etkili olabilmesi için, aşağıdaki koşulların sağlanmış olması gereklidir:

- ***Yeterlik***

Soruşturma sorumlu kişilerin tespit edilmesi ve cezalandırılmasına yol açacak yeterlikte olmalıdır. Bu, devletlere soruşturmanın beli bir sonuca ulaşmasını sağlama gibi bir yükümlülük getirmez. Ancak devlet yetkilileri olayla ilgili delilleri güvence altına almak için gerekenleri yapmış olmalıdır.

- ***Baştanbaşalık***

Soruşturma içerik bakımından kapsamlı olmalı ve herhangi bir ırkçı veya diğer ayrımcı saikler dahil olmak üzere olayın geçmişiyle ilgili koşullara değinilmelidir. Soruşturmada ihlale neden olan sisteme ilişkin hataların da tespit edilebilir olması gerekir. Bunun için ilgili delillerin güvence altına alınması için, mağdurun, şüpheli ve tanıkların tespiti ve bunlarla görüşülmesi; maddi delil bulunması amacıyla iddia edilen ihlalin meydana geldiği yerin incelenmesi ve yetkili uzmanlar tarafından adli tıp delillerinin toplanması gibi tüm makul adımlar atılmalıdır. Deliller bir bütünlük içerisinde tutarlı ve nesnel bir şekilde değerlendirilmelidir.

- ***Tarafsızlık ve bağımsızlık***

Soruşturmanın yürütülmesinden sorumlu kişilerin olaylarda yer alan kişilerden tarafsız ve bağımsız olması gerekmektedir. Bu, olaylarda yer alan yetkililerin de delillerin toplanmasına veya hazırlık soruşturmasına katılmamaları anlamına gelmektedir; özellikle de soruşturmacılar, soruşturmanın öznesi olduklarından aynı birimin yetkililerinden oluşamayacaktır.

- ***Süratlilik***

Olabildiğince çok ve kaliteli delil toplanabilmesi için soruşturmanın süratli bir şekilde başlatılması gerekir. Bazı durumlarda soruşturmanın ilerlemesini engelleyebilecek engeller veya zorluklar olabileceği gibi, yetkililer tarafından süratli bir şekilde harekete geçilmesi, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılığının sağlanması ve güvenini sürdürmesi, hukuka aykırı eylemlerde bulunmayı veya bunlara hoşgörü görüntüsü verilmemesi bakımından önemli olarak değerlendirilebilir. Soruşturma makul sürede tamamlanmalı ve tüm davalarda gerekli ihtimam gösterilerek yürütülmelidir.

- ***Kamu gözetimi***

Hesap verilebilirliğin sağlanması, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılığının sağlanması ve güvenini sürdürmesi, hukuka aykırı eylemlerde bulunmayı veya bunlara hoşgörü görüntüsü verilmemesi bakımından soruşturma veya sonuçlarını kamu gözetiminde olması gerekir. Kamu gözetimi soruşturmanın amaçları ile tarafların temel haklarını tehlikeye sokmamalıdır.

VII. Mağdurun soruşturmaya müdahil olması

1. Devletler mağdurun, ulusal hukuk çerçevesinde ilgili usuller yoluyla meşru haklarını güvence altına almasını sağlayacak ölçüde soruşturma ve dava işlemlerinde yer almasını sağlamalıdırlar.

2. Devletler, mağdurların kendi meşru haklarının güvence altına alabilecekleri ölçüde şikâyetlerinin durumu, takibi ve sonucuyla ilgili, soruşturma ve kovuşturma sürecinin durumu, yargı kararlarının infazı ile mağdurun zararının tazmin

edilmesi için alınan tüm tedbirler hakkında bilgi edinmelerini sağlamak zorundadır.

3. Şüpheli ölüm veya zorla kaybolma vakalarında, devletler ilgili kişinin akıbetiyle ilgili olarak ailesine mümkün olduğu kadar bilgi sağlamalıdır.

4. Mağdurlara böyle bir bilgiyi almak istemediklerini ifade etme fırsatı verilebilir.

5. Tarafların soruşturma sürecine katılması ulusal hukukta öngörülmüşse, devletler, mağdurlara bu sürece katılmalarının sağlayacak ölçüde uygun adli yardım ve tavsiyenin verilmesini sağlamalıdır.

6. Devletler, hukuki sürecin her aşamasında gerektiğinde mağdur ve tanıklarının fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün sağlanması için koruma tedbirleri alınmasını sağlamalıdır. Devletler, mağdur ve tanıklarının tehdit edilmemesini, misillemeye maruz kalmamasını veya şikâyetlerini takip etme veya yargı sürecine katılmaktan herhangi bir şekilde caydırılmamasını sağlamalıdır. Bu tedbirler arasında, ilgili kişilerin emniyeti ve onurlarının güvence altına alınması için özel soruşturma araçları, soruşturma sürecinden önce, soruşturma sürecinde veya sonrasında koruma ve yardım yer almaktadır.

VIII. Kovuşturma

1. Soruşturmanın neticesi gerekli kılıyorsa kovuşturmanın başlatılması devletin görevidir. Kovuşturmayı veya belirli bir kişi hakkında hüküm verilmesini güvence altına alan bir hak olmamasına rağmen, soruşturma sonucunda ortaya çıkan gerçekler kovuşturma yapılmasını gerektiriyorsa, kovuşturmayı yapan otoriteler ağır insan hakları ihlallerine neden olan kişileri adalet önüne çıkarmak için gerekli adımları atmak zorundadır.

2. Kılavuzun V. ve VI. bölümlerinde yer alan ve önem arz eden etkili soruşturma gerekleri kovuşturma safhası için de geçerlidir.

IX. Yargılama

1. Devletler, kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olarak yargının bağımsız ve tarafsız olmasını sağlamalıdır.

2. Avukat, savcı ve hakimlerin görevlerini yerine getirirken olası tehditlerden korkmaması için gerekli güvenceler temin edilmelidir.

3. Yargılama makul bir sürede tamamlanmalıdır. Bu amaçla devletler, gerekli araçların yargılamayı ve soruşturmayı yapanların emrinde olmasını sağlamalıdır.

4. Ağır insan hakkı ihlaliyle suçlanan kişiler, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde adil ve aleni yargılanma hakkına sahiptir.

X. Kararlar

Mahkemelerin bağımsızlığının yanında ağır insan hakları ihlallerinin kanıtlanması halinde uygun bir cezanın verilmesi gerekir. Verilen kararların etkili, orantılı ve işlenen suça uygun olması gerekir.

XI. Ulusal mahkeme kararlarının uygulanması

Ulusal mahkemelerin kararları yetkili otoriteler tarafından eksiksiz ve süratli bir şekilde uygulanmalıdır.

XII. Uluslararası işbirliği

Uluslararası işbirliği cezasızlıkla mücadelede önemli bir rol oynamaktadır. Cezasızlığın önlenmesi ve ortadan kaldırılması için devletler, başta adli yardımlaşma, kovuşturma ve suçluların iadesi ilgili yükümlülükler olmak üzere yükümlülüklerini insan haklarına saygılı bir şekilde, "sınır dışı etmeme ilkesi" dahil olmak üzere iyi niyetle yerine getirmelidirler. Bu amaçla devletlerin mevcut yükümlülüklerin ötesinde iş birliğini güçlendirmeleri teşvik edilmektedir.

XIII. Astların hesap verebilirliği

Üstünün emir veya talimatlarına göre hareket etmiş olması kişiye verilecek cezayı etkileyebilir ancak, ağır insan hakları ihlalleri için hesap verebilirliği önleyecek bir koşul olarak değerlendirilmeyebilir.

XIV. Kısıtlamalar ve sınırlamalar

Devletler, ağır insan hakları ihlallerinin soruşturmasını ve fail olduğu iddia edilen kişileri hakkından kovuşturma yapılmasını olabildiğince desteklemelidir. Soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin meşru kısıtlamalar ve sınırlamalar, amaca uygun olarak asgari seviyede uygulanmalıdır.

XV. Yargı dışındaki mekanizmalar

Devletler, Sözleşme ile güvence altına alınan ulusal yargı yollarını tamamlayıcı ve faydalı prosedürler olarak meclis veya kamu soruşturması, ombudsman, bağımsız komisyon ve uzlaştırma gibi yargı dışı mekanizmalar oluşturmayı da değerlendirmelidir.

XVI. Tazminat

Devletler, ağır insan hakları ihlalleri mağdurlarının gördüğü zararın hızlı ve yeterli bir şekilde tazmin edilmesini sağlayacak erişilebilir ve etkili mekanizmalar kurmak için gerekli tüm tedbirleri almalıdır. Bu kapsamda rehabilitasyon, maddi tazminat, kefaretin ödenmesi, zararın karşılanması ve aynı ihlalin gerçekleşmeyeceğine dair güvenceler yer alabilir.