

KAYIPLARI GÖRÜNÜR KILMAK: BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ZORLA KAYBEDİLMEME KARŞI HERKESİN KORUNMASINA DAİR SÖZLEŞME

Hülya Dinçer *

Giriş

Zorla kaybetme bir insana karşı işlenebilecek en ağır suçlardan ve insan hakkı ihlallerinden biridir. Genellikle bir siyasi muhalife ya da muhalif bir gruba yönelik, devlet güçleri tarafından veya devlet tarafından açık ya da gizli biçimde desteklenen güçlerce gerçekleştirilen gözaltı, tutuklama ve yakalama fiillerini ifade eder. Zorla kaybetme suçu kaybedilen kişinin tutuklandığının, gözaltına alındığının veya başına gelen olayların devlet güçleri tarafından sistematik ve bilinçli bir biçimde inkar edilmesiyle ayırt edilir. Suçun mağduru hem akıbetinden haber alınmadığı ve bir hukuk öznesi olarak varlığı ispat edilemediği için yasal korumadan mahrum bırakılmış, hem de çoğunlukla işkence görmüş ve yasadışı bir biçimde ortadan kaldırılmıştır.

Kişileri zorla kaybetme suçunun en önemli sonucu birden fazla mağdur yaratmasıdır. Ölenin ya da akıbetinden haber alınmayan kişinin yakınları ve ailesi de kaybedilen kişinin gözaltına alınma ya da tutuklanma koşullarına ilişkin bilgiden mahrum bırakılarak, bu belirsizlik içinde yavaş ve süresiz bir ruhsal acıya maruz bırakılır.

Bu çalışma kapsamında öncelikle, bugüne kadar sistematik bir devlet terörü olarak dünyanın pek çok yerinde uygulanmış olan kişileri zorla kaybetme suçunu teşhis etmeye yarayan unsurlar ele alınacak ve uluslararası hukukun kişileri zorla kaybetmeyle mücadele için bugüne kadar hayata geçirdiği araçlara değinilecektir. İkinci bölümde ise yeni yürürlüğe giren ve bu alanda ilk uluslararası bağlayıcı hukuki metin olan Birleşmiş Milletler Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme'nin taşıdığı imkanlar ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

I- DÜNYADA VE TÜRKİYE'DE KİŞİLERİ ZORLA KAYBETME

A-Dünyada Zorla Kaybetme ve Mücadele Araçları

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Zorla kaybetme ilk kez 2. Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanyası'nda yaygın olarak kullanılan bir devlet şiddeti olarak ortaya çıkmıştır. İnkârın da suçun ayrılmaz bir unsuru haline geldiği zorla kaybetme sistem muhaliflerini, yahudileri ve diğer azınlıkları hedef almıştır. Bu yöntem 1960 ve 1970'lerde pek çok Latin Amerika ülkesinde de devlet terörünün yıkıcı bir biçimi olarak uygulanmıştır.

Birleşmiş Milletler Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme'nin kabulüne kadar, zorla kaybetme suçunun tanımını, devletlere getirilen cezalandırma ve önleme yükümlülüklerini içeren özel, uluslararası bir düzenleme yapılmış değildir. Dolayısıyla zorla kaybetme suçunun faillerinin bireysel sorumluluğuna gidilebilmesi imkanları da sınırlı kalmıştır.

Zorla kaybetme tekniğinin kullanımına ilişkin ilk tarihe geçen uygulama Nazi rejiminin 1941'de yürürlüğe koyduğu *Nacht und Nebel Decree* (Gece ve Sis Kararnamesi) 'dir; bu politikaya göre işgal edilmiş ülkelerde yaşayan, özellikle de Fransa, Belçika ve Hollanda'daki direnişçiler gece geç vakitlerde tutuklanıp Almanya'ya gönderilmişler, burada özel mahkemelerce yargılanarak ölüme ya da hapse mahkum edilmişlerdir. İnsanların gece karanlığında kaçırıldığı ve bir daha akıbetlerinden hiçbir şekilde haber alınmadığı dikkate alındığında seçilen ismin tesadüfi olmadığı anlaşılmaktadır. Kullanılan tekniğe göre, kayıpların yargılaması ve infazı tam bir gizlilik içinde yapılmakta, kendi ülkelerindeki ailelerine ve yakınlarına hiçbir şekilde bilgi ulaştırılmamaktadır. Böylece kaybedilen kişilerin yakınlarında ve kamuoyunda yaygın panik ve korku yaratarak direniş eylemlerinin engellenmesi amaçlanmıştır.¹ Nuremberg Mahkemesi'nin tespitlerine göre, kayıp kişiler olağanüstü ağır, insanlıkdışı koşullarda tutulmuş, yargılama yapılmaksızın çoğunlukla ölüme mahkum edilerek, hüküm kimseye haber verilmeksizin infaz edilmişlerdir. Nacht und Nebel Kararnamesi'yle kaçırılan kurbanların sayısı hiçbir zaman tam olarak belirlenememiştir. Ancak 1 Kasım 1943 tarihi itibarıyla 5 200'den fazla tutuklunun Almanya'nın değişik bölgelerinde Adalet Bakanlığı tarafından bu amaca yönelik kurulmuş özel mahkemelerde yargılanmayı beklediği bilinmektedir.²

¹ Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, Vol. III, "The Justice Case", Nuremberg, vol. 3, s. 75., http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf. (Erişim tarihi: 28/07/2011). Reich Adalet Bakanı'nın NN yargılamalarından sorumlu savcıya gönderdiği yönergede, mutlak gizliliğin sağlanması için uygulanacak kurallar maddeler halinde sıralanmıştır; buna göre bir NN tutuklusunu hakkında verilen ölüm kararı mahkumun yakınlarına ve basına asla bildirilmeyecek, ölüm cezasının infazı afişlerle duyurulmayacak ve hatta infazdan önce mahkumun dini vecibelerini yerine getirmesini sağlayacak papaza gizlilik yemini ettirilecektir.

² *Ibid.*, s. 76.

Kişileri zorla kaybetme uygulaması, daha sonra devletin kullandığı sistematik bir yok etme yöntemi olarak Guatemala ve Brezilya'da 1960 ve 70'lerde uygulanmıştır. 70'lerden 80'lere geldiğinde neredeyse tüm Latin Amerika'da yaygın ve yoğun bir şekilde uygulanan bir politika halini almış ve on binlerce insanı etkilemiştir. Kişileri zorla kaybetme politikasının Latin Amerika'daki uygulaması, suçun neredeyse her seferinde görülen tipik unsurlarını yansıtacak biçimde Nazi Almanyası'ndaki yöntemle benzeşmektedir. Öldürülen kişilerin bedenleri çoğunlukla saklanmakta ve geride hiçbir kanıt bırakmamak ve sorumlulara tam bir yargı bağıışıklığı sağlamak adına ortadan kaldırılmaktadır. Özellikle Arjantin'de sistematik bir devlet terörü haline gelen zorla kaybetmeler, 1983 yılında kurulan Zorla Kaybetmelerle ilgili Ulusal Arjantin Komisyonu'na göre, 8960 kişiyi hedef almıştır; ancak Komisyon gerçek sayının resmi olarak açıklanandan çok daha yüksek olabileceğini tahmin etmektedir.³ Kişileri zorla kaybetme yöntemi Arjantin ve Guatemala dışında aynı zamanda Şili, Peru, Salvador, Kolombiya, Uruguay ve Honduras'ta⁴ da uygulanmıştır.

Kayıplar Latin Amerika'yla sınırlı kalmayıp 1980'li yıllarda dünyanın çatışmaların yaşandığı pek çok bölgesine yayılmıştır. Irak'taki kayıplarla ilgili olarak, BM Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu'nun raporuna göre, bugüne kadar gruba bildirilen kayıp sayısı 16.545 olup, bunlardan 16.408'i henüz aydınlatılmamıştır. Aynı şekilde İran, Cezayir gibi islam ülkelerinde de zorla kaybetme vakaları görülmektedir.

Kayıp vakaları aynı zamanda Sri Lanka'da dehşet verici boyutlara ulaşmış durumdadır. Ayrılıkçı Tamil Kaplanları Örgütü üyesi olmak suçlamasıyla her yıl binlerce insan gözaltına alınmakta ve kaybedilmektedir. Ülkede uygulanmakta olan terörizmle mücadele yasasının acil önlemleri kapsamında gözaltı ve tutukluluk kayıtları tutulmadığı için, yakınları göz altına alınan ve yıllarca yargılanmayı bekleyen kişiler açısından belirsizlik devam etmektedir. 2000 yılında BM Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu Sri Lanka hükümetine, Terörizmle Mücadele Yasası'nın kaldırılması

³ Amnesty International, Argentina : Investigation into Disappearances- A Step towards settling Outstanding Dept from « Dirty War », 13.10.1998, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR13/010/1998/en/d7c93f6a-da97-11dd-80bc797022e51902/amr130101998en.html>. (Erişim tarihi: 25/07/2011).

⁴ Un Working Group on Enforced Disappearances, Working Group Report 2011, A/HRC/16/48. BM Zorla Kaybetmelerle ilgili Çalışma Grubu kurulduğundan beri Şili'de 907 zorla kaybetme vakasını hükümete bildirmiş olup, bunlardan 806'sı ise hâlâ aydınlatılmayı beklemektedir. Peru'da ise 2371 kayıptan hiç birisinin henüz akıbeti aydınlatılmamıştır. El Salvador'da bildirilen 2662 kayıp vakasından 2271 tanesi aydınlatılmayı beklemektedir. Kolombiya'da ise rapor edilen 1236 zorla kaybetmeden 957'si henüz sonuçlanmamıştır. Uruguay'da 31 vakadan 11'i aydınlatılmış, Honduras'ta da 207 zorla kaybetme mağdurununun 127'sinden haber alınamamıştır.

ya da uluslararası insan hakları standartlarıyla uyumlu hale getirilmesi yönünde acil çağrıda bulunmuştur.⁵ Sri Lanka'dan BM İnsan Hakları Komisyonu'na bugüne kadar bildirilen kayıp sayısı 122.302'a ulaşmış, bunlardan 56.532'ü henüz çözüme ulaştırılmamıştır.

Kişileri zorla kaybetme uygulaması 1980'lerden itibaren hızla artış göstererek dünyanın pek çok bölgesine yayılmıştır. Birleşmiş Milletler Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu'nun yıllık raporlarına göre, iç çatışmaların ve sivil savaşların yoğun olduğu bölgelerde zorla kaybetme, ayrılıkçı ve muhalif güçlere uygulanan sistematik bir bastırma yöntemi haline gelmiştir. 1980-2010 yılları arasında yapılan istatistiklere göre, bazılarında kitlesel boyutlara ulaşmış olmak üzere, en çok kayıp vakasının görüldüğü Sri Lanka, Filipinler, Peru, Nepal, Irak, İran, Guatemala, El Salvador, Guatemala, Şili, Arjantin, Cezayir gibi ülkelerde kayıp olaylarının büyük çoğunluğu aydınlatılabilmiş değildir.⁶ Yapılan istatistikler göstermektedir ki kişileri zorla kaybetme suçunun en ayırt edici özelliği, aydınlatılması neredeyse imkansız olduğu için, yıllar geçmesine rağmen sorumluların karanlıkta kalması ve dokunulmazlıklarını korumasıdır.

Kayıpların son yıllarda en sık gündeme geldiği alan ise terörizme karşı savaş politikasıdır. Amnesty International ve Human Rights Watch'un raporlarına göre Amerika Birleşik Devletleri'nin elindeki 39 tutuklunun akıbeti belirsizdir. 2007 yılında 6 insan hakları örgütü ortak bir rapor yayınlamaya ABD'nin elinde bulunan Mısır, Kenya, Libya, Fas, Pakistan ve İspanya uyruklu kayıp tutukluların isimlerini yayınlamıştır.⁷

Kayıplarla ilgili uluslararası düzeyde raporlama, istatistik, izleme ve tavsiyede bulunma faaliyetlerini yürüten BM Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu 1980'de kurulmuş, BM İnsan Hakları Komisyonu bünyesinde çalışan, bağımsız uzmanlardan oluşan ilk özel mekanizmadır. Ancak Çalışma Grubu'nun yetkisi, kayıp vakalarını raporlama ve devletlere tavsiyede bulunmayla sınırlıdır.

BM bünyesinde ilk uluslararası bağlayıcı hukuki mekanizma olan Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına dair Uluslararası Sözleşme'nin (Kayıplar Sözleşmesi) yürürlüğe girmesine

⁵ Amnesty International, "Sri Lanka: Forgotten Prisoners: Sri Lanka uses Anti Terrorism Laws to Detain Thousands", ASA 37/001/2011, <http://amnesty.org/en/library/asset/ASA37/001/2011/en/64530ad7-76a6-4fb1-8f46-996c8543daf8/asa370012011en.pdf>. (Erişim tarihi: 29/05/2011).

⁶ UN Working Group on Enforced disappearances, Annex III to the Report of the Working Group on Enforced or Involuntary disappearances: statistical summary: cases of enforced disappearances reported to the Working Group between 1980 and 2010.

⁷ Amnesty International, Human Rights Watch, "Off the record: U.S. Responsibility for Enforced Disappearances in the "War on Terror", www.amnesty.org. (Erişim tarihi: 29/05/2011).

kadar, uluslararası ölçekte hukuken bağlayıcı bir denetim mekanizması kabul edilmemiştir. Bölgesel düzeyde ise, 29 Mart 1996'da yürürlüğe giren Zorla Kaybedilmelere karşı Amerikan Sözleşmesi, özel olarak kayıplarla ilgili bağlayıcı yükümlülükler getiren ilk hukuki metindir. BM Genel Kurulu da 18 Aralık 1999'da Zorla Kaybedilmelere Karşı Herkesin Korunmasına İlişkin Bildirge'yi kabul etmiştir. Bildirge kişileri zorla kaybetmenin tanımından, suçun önlenmesi ve cezalandırılmasına kadar kapsamlı gözlemler içermesine rağmen bağlayıcı güçten yoksundur; ancak Kayıplar Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden önce önemli bir işlev yerine getirerek, içerdiği tanım ve yeni hükümlerle zorla kaybetme uygulamasının teşhis edilebilmesini sağlamış ve devletlere ihlallerin sona erdirilmesi için yol gösterici olmuştur.⁸

B- Türkiye'de Kayıplar

Kişileri zorla kaybetme Türkiye'de sadece 12 Eylül 1980 darbesinin ertesinde değil, olağanüstü halin damgasını vurduğu 90'lı yıllarda da sistematik bir devlet şiddeti olarak uygulanmıştır. Gözaltında kayıp vakaları 1990 yılından itibaren, çoğu OHAL bölgesinde olmak üzere her yıl artış göstermiştir. 1980 darbesi ertesinde ilk kayıplardan olan Hayrettin Eren'in gözaltına alındığı güvenlik güçleri tarafından sistematik bir şekilde inkar edilmiştir. Gözaltına alma olgusunun inkarının yanı sıra kayıp kişilerin gözaltında oldukları sırada kaçtıkları ya da kaçırıldıkları iddiası da kolluk güçleri tarafından sıkça başvurulmuş bir açıklama olmuştur.⁹

Türkiye'de kayıplara ilişkin veriler İnsan Hakları Derneği, Türkiye İnsan Hakları Vakfı gibi insan hakları örgütleri tarafından kayıt altına alınmaktadır; ancak gözaltında kaybedilen kişilerin gerçek sayısına ulaşmaya imkan verecek resmi veriler mevcut değildir. Tatil için gittiği İğneada'da şüpheli bir şekilde kaybolan ve dört yıldır haber alınamayan Tolga Baykal Ceylan'ın durumunun açığa çıkması üzerine¹⁰, Şubat 2011'de TBMM İnsan Hakları Komisyonu bünyesinde Gözaltında Kaybolan Kişilerin Akıbetini Araştırma Alt Komisyonu kurulmuştur.¹¹ Bu ana kadar devlet

⁸ G. Alpkaya, "Kayıplar Sorunu ve Türkiye", *AÜSBFD*, 1995, Cilt 50, Sayı 3-4, s. 32.

⁹ Türkiye'de kişileri zorla kaybetme uygulamasıyla ilgili çarpıcı bir dosya için bkz. : İnsan Hakları Ortak Platformu, " Dosya : Kayıplar", Dialog, Eylül-ekim 2009, http://e-kutuphane.ihop.org.tr/pdf/kutuphane/22_81_0000-00-00.pdf. (Erişim tarihi: 02/06/2011).

¹⁰ Radikal Gazetesi, "Kayıp Yakınları için Umut Komisyonu", 10/02/2011.

¹¹ Komisyon kuruluşundan itibaren şu ana kadar Tolga Baykal Ceylan ve Cemil Kırkbayır'ın durumunu incelemiştir. Komisyon aynı şekilde göz altına alınan kişilerin tanıklıklarını dinledikten ve kamu görevlilerinin ifadelerine başvurduktan sonra Cemil Kırkbayır'la ilgili raporunda şu sonuca varmıştır: "... sorgu esnasında kötü muameleye tabi tutulduklarını ifade eden arkadaşlarının tanıklığı ile Cemil KIRBAYIR'a sorgu

nezdinde kayıp iddialarına dair veri toplamak ve soruşturma yürütmekle yükümlü bir birim oluşturulmuş değildir.

İnsan Hakları Derneği'nin 1999 yılına kadar kayıt altına aldığı kayıp sayısı 543' e ulaşmıştır. Ancak özellikle OHAL bölgesinde kayıp yakınlarının tamamının resmi başvuruda bulunamamaları nedeniyle bu sayının gerçek kayıp sayısını yansıtmadığı ifade edilmektedir.¹² Tek tek ya da toplu olarak infaz edilen bazı kayıpların cenazelerine ulaşılmış olmakla birlikte Türk Tabipler Birliği'nin kurduğu inceleme heyetinin gözlemlerine göre: "*Şu ana kadar 1.469 kişiye ait kemiklerin bulunduğu 114 toplu mezarın tespit edildiği; açılan 26 toplu mezarda 171 kişinin kemiklerine rastlandığı bildirilmekle birlikte olayın gerçek boyutları çok daha büyüktür. Hakkari'den Tunceli'ye kadar çok geniş bir coğrafya'da yüzlerce toplu mezarda gömülü kimliği belirsiz binlerce ceset söz konusudur.*"¹³

Hayatına son verilenlerin cenazelerinin ailelerine verilmemesi, kayıpların kendilerine ait bir mezarının bulunmaması, ailelerin yakınlarının akıbetine ilişkin hiçbir bilgiye ulaşamaması büyük bir travma yaratmaktadır. Türkiye'de kayıp yakınları 1995'den beri, Cumartesi Anneleri ve Cumartesi İnsanları olarak her hafta bir gün Galatasaray Meydanı'nda nöbet tutarak kayıp yakınlarının bulunması çağrısında bulunmaktadır.

Meclis İnsan Hakları Komisyonu'na bağlı Kayıplar Alt Komisyonu'nun kurulmasıyla birlikte, aynı zamanda Türkiye'nin pek çok yerinde toplu mezar kazılarına başlanmıştır. Ancak bu mezar açma işlemlerinde Birleşmiş Milletler'in kabul ettiği Minnesota Otopsi Protokolü'nün öngördüğü arkeolojik kazı yöntemleri ve bilimsel teknikler kullanılmamakta; Türk Tabipler Birliği'nin de dikkat çektiği üzere kepçe, dozer kullanılarak daha çok mezarların ve kalıtların tahrip edilmesine sebep olunmaktadır.

Kişileri zorla kaybetme suçunun bilhassa 1990'lı yıllarda sistematik bir devlet terörü olarak uygulandığı bir ülke olarak Türkiye'nin, Birleşmiş Milletler Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme'ye taraf olması ve yakın tarihindeki kayıp vakalarını, tarihi bir vicdan

sırasında kaba dayak uygulandığına, falaka ile dövüldüğüne ve elektrik şoku verilmek suretiyle işkence gördüğüne dair ifadeleri yeterli delil olarak kabul etmiş ve KIRKBAYIR'ın bu işkence sonucu yaşamını yitirmiş olduğuna kanaat getirmiştir.(..) Komisyonumuz; Cemil KIRKBAYIR'ın gözaltında iken işkence gördüğüne, bu işkence sonucunda hayatını kaybettiğine ve cesedinin ölümüne sebebiyet veren sorgulamaları yapan kamu görevlilerince ortadan kaldırıldığına inanmaktadır." Bkz.

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2011/cemil_kirbayir_raporu.pdf. (Erişim tarihi: 18/10/2011).

¹² Bianet, "Türkiye'de Gözaltında Kayıplar", 25/01/ 2005.

¹³ Türk Tabipler Birliği, Basın Açıklaması, 21/02/2011.

hesaplaşmasıyla soruşturmaya başlaması, yüzlerce ailenin en azından kaybedilen yakınlarıyla vedalaşma hakkını tanımış ve acılarını bir ölçüde hafifletmiş olacaktır; en önemlisi de sorumluların ortaya çıkarılması ve yargılanması için bir başlangıç yaratabilecektir.

II- EVRENSEL BİR MÜCADELEYE DOĞRU: BM ZORLA KAYBEDİLMEME KARŞI HERKESİN KORUNMASINA DAİR ULUSLARARASI SÖZLEŞME

BM nezdinde özel bir çalışma grubu kurulana kadar kayıplar olgusunun hukuki olarak ele alınması yönünde pek çok evrensel ya da bölgesel hükümetlerarası organ çaba sarf etmiştir. Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına ise 2002 yılında BM İnsan Hakları Komisyonu Çalışma Grubu liderliğinde başlanmıştır. Kayıplarla uluslararası ölçekte mücadele etmek amacıyla uluslararası bir sözleşme taslağı çalışmaları yürüten ilk organ Paris Barosu İnsan Hakları Enstitüsü olmuş¹⁴; süreç 1981 yılında gerçekleştirilen bir kolokyum ile başlamıştır. BM Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri'nin ilan edildiği 1992 yılına kadar birçok uluslararası toplantı ve çalışma yürütülmüştür. Nihayet 2005 yılında, büyük ölçüde Latin Amerika'daki kayıp yakınlarının oluşturduğu derneklerin çabalarıyla¹⁵, Birleşmiş Milletler bünyesinde Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme kabul edilmiş ve 23 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁶ Sözleşme'nin kabulünde dört kuruluş önemli rol oynamıştır. Bunlar İnsan

¹⁴ C. Callejon, "Une immense lacune du droit international comblée avec le nouvel instrument des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme (RTDH)*, 2006/66, s. 339.

¹⁵ Bu derneklerin başında Latin Amerika Kayıp Tutsak Aileleri Federasyonu (FEDEFAM) gelmektedir. FEDEFAM Latin Amerika'da kişileri zorla kaybetme sorununun kamusal bir tartışma haline gelmesinde büyük rol oynamıştır. Latin Amerika ve Karayip ülkelerinde gözaltında kaybedilenlerin yakınlarının kurduğu dernekler tarafından 1981 yılında oluşturulan FEDEFAM, aynı yıl Venezüella'da yapılan ikinci kongresinde resmi statü kazanmıştır. Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey (ECOSOC)'de danışman statüsüne sahip olan FEDEFAM, her türlü siyasi ve dinsel öğreti ve kurumdan bağımsız, kâr amacı gütmeyen bir insani yardım örgütüdür. Arjantin, Bolivya, Brezilya, Kolombiya, Şili, Ekvator, El Salvador, Guatemala, Honduras, Meksika, Nikaragua, Paraguay, Peru ve Uruguay'da çalışmalarını sürdürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://www.desaparecidos.org/fedefam/>.

¹⁶ BM Genel Kurulu'nun 61. oturumu sırasında, A/RES/61/177 sayılı kararla, 20 Aralık 2006 tarihinde kabul edilen Kayıplar Sözleşmesi 6 Şubat 2007'de imzaya açılmıştır. Bugüne kadar 90 devlet Sözleşme'yi imzalamış, bunlardan 30'u Sözleşme'yi onaylamıştır. Sözleşme'nin imza ve onay durumu için bkz.: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV16&chapter=4&lang=en. (Erişim tarihi: 18/10/2001).

Hakları Komisyonu bünyesindeki Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu, BM İnsan Hakları Komitesi ve Komisyonu ile Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'dir.¹⁷

Sözleşme'nin getirdiği yenilik, kişileri zorla kaybetmenin uluslararası düzeyde bir suç olarak tanımlanmasıdır. Sözleşme'nin yürürlüğe girmesine kadar kayıp vakaları değişik uluslararası organ ve kuruluşlar tarafından farklı şekilde ele alınmaktaydı. Ortak bir tanım olmayışının yarattığı boşluk uygulamada kişileri zorla kaybetmenin, farklı hak ihlalleri kapsamında değerlendirilmesine sebep oluyordu. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde ya da bölgesel insan hakları sözleşmelerinde yer alan birden fazla hakkın ihlalini birden içeren zorla kaybetme suçuna karşı devletlerin, ihlalin yöneldiği her bir hakkın korunması için pozitif yükümlülükler altına sokulduğu, parçalı ve dağınık bir koruma sistemi mevcuttu. BM İnsan Hakları Komitesi¹⁸, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi¹⁹ ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi²⁰ zorla kaybetmenin, kişi özgürlüğü ve güvenliğini, insani tutukluluk koşullarını, işkence, insanlık dışı ve kötü muamele yasağını çiğnediğini kabul etmişti.

Zorla kaybetmenin diğer suç tiplerinden bağımsız, özgün bir ihlal olarak tanımlanması, uluslararası hukukta failleri kaybetme eylemlerinden bireysel olarak sorumlu tutabilme arayışında büyük bir açıklık sağlamıştır.²¹ Öte yandan, bu tür eylemlerin uluslararası suç olarak tanımlanmasını da kolaylaştırmıştır. Ancak kayıplar sorununu bireysel sorumluluk temelinde ele alma eğilimi, giderek devletlerin sorumluluğunu geri plana atacağı gerekçesiyle eleştiriye de konu olmuştur.

¹⁷ O. Frouville, « La Convention des Nations-Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées : Les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire », *Droits fondamentaux*, no. 6, janvier, décembre 2006, www.droits-fondamentaux.org. (Erişim tarihi: 05/06/2011).

¹⁸ Bkz. Bleier - Uruguay, Human Rights Committee (HRC), (İnsan Hakları Komitesi), Başvuru No. 30/1978, Sanjuan Arevalo - Kolombiya, HRC, Başvuru No. 181/1984, Mojica - Dominik Cumhuriyeti, HRC, Başvuru No. 449/1991.

¹⁹ Bkz. Velasquez Rodriguez (1988), Inter-Am Court HR (Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi), (c serisi) No. 4; Godinez Cruz - Honduras (1989) Inter-Am Court HR (c serisi) No. 8; Blake - Guatemala (1998) Inter-Am Court No. 36; Caballero Delgado ve Santana - Kolombiya (1995) Inter-Am Court HR (c serisi) No. 22; Castillo Paez - Peru (1997) Inter-Am Court HR (c serisi) No. 34 .

²⁰ Bkz. AİHM, Kaya-Türkiye (2000); Kıbrıs-Türkiye (2001) ; Şeker-Türkiye, (2006), Çakıcı-Türkiye (1999), Bozorkina -Rusya (2006).

²¹ K. Anderson, "How effective is the international convention for the protection of all persons from enforced disappearance likely to be in holding individuals criminally responsible for acts of enforced disappearance", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, <http://mjil.law.unimelb.edu.au/index.cfm?objectid=9668927E-5056-B405-519EE03084ADE2B5>. (Erişim tarihi: 18/05/2011).

2010 yılında yürürlüğe giren Sözleşme kişileri zorla kaybetmeyi uluslararası bir suç olarak yasaklamakta ve uluslararası hukuk önünde bireysel cezai sorumluluk esasını ve yargılanabilirliği kabul etmektedir. Aynı zamanda konunun, suçun özgün niteliği nedeniyle, mevcut insan hakları koruma sistemleri kapsamında ya da iç hukuktaki “alıkoyma, kaçırma” gibi suç kalıplarıyla tüm yönleriyle ele alınamamasının yarattığı sorunları da ortadan kaldırmaktadır. Sözleşme bu haliyle, 1992 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen “Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri”de yer alan temel ilkeler ekseninde oluşturulmuş, kaybetme fiilinin tanımlanmasına, ulusal ve uluslararası düzeyde suç olarak düzenlenmesine, önlenmesine ve cezalandırılmasına yönelik tamamlayıcı ve daha açık, geliştirilmiş bir metin niteliğindedir. Sözleşme metninin devletlerin görüşüne sunulduğu iki yıllık süreçte pek çok devlet kaybetme suçuna karşı iç hukuklarında yeterince etkili ve kapsayıcı hükümlerin zaten yer aldığı ve yeni bir sözleşmeye ihtiyaç olmadığı yönünde çekinceler iletilmişlerdir.²² Bazı devletler kabul edilecek yeni metnin bir sözleşme şeklinde değil de, hukuken bağlayıcı nitelik taşıyacak, İşkenceye Karşı Sözleşme’ye ya da Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’ne ek bir protokol olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Nihayet, ilk kez 2003 yılında toplanan Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu’nun ve özellikle kayıp yakınları derneklerinin çabaları sonucunda, oldukça kapsamlı, mevcut standartların üzerinde ve özellikle uluslararası teamül hukukundan beslenen bir sözleşme kabul edilmiştir.

A-Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunma: Otonom ve Özgün Bir İnsan Hakkı

Sözleşme'nin 1. maddesi ne göre²³:

1. Hiç kimse zorla kaybedilmeye maruz bırakılamaz.

2. Fıili savaş durumu, savaş tehdidi, ülke içinde siyasal istikrarsızlık veya başka herhangi bir kamusal acil durum dahil olmak üzere, hangi istisnai koşullar söz konusu olursa olsun, bunlar zorla kaybedilme olayları için gerekçe olarak ileri sürülemez.

1. maddenin 2. fıkrası, hiçbir koşul ve bağlamın zorla kaybetme eylemlerini meşrulaştıramayacağını, kişileri zorla kaybetme yasağının hem uluslararası hem de uluslararası

²² O. Frouville, *art. cit.*

²³ Sözleşme'nin Türkçe'ye çevirisinde İnsan Hakları Ortak Platformu'nun (İHOP) yapmış olduğu gayriresmi çeviriden yararlanılmıştır . Sözleşme metni için bkz.: www.ihop.org.tr

olmayan çatışmalar için geçerli olduğunu vurgulamaktadır. Dolayısıyla Sözleşme'nin, zorla kaybedilmeye karşı korunmayı, hiçbir koşul ve gerekçeyle sınırlandırılmayacak mutlak bir insan hakkı olarak kabul ettiği görülmektedir. Hiçbir istisnai koşul, Sözleşme'ye göre, zorla kaybetmeyi meşru kılamaz. Hiçbir sınırlandırma sebebinin meşru kabul edilmeyeceği açıkça ifade edilmiştir. 1 (2). maddeden anlaşılacağı gibi kişileri zorla kaybetme savaş zamanında da yasaklanmıştır. Bu yasak Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 3. Protokol çerçevesinde savaş esirlerini de kapsamaktadır. Sözleşme'nin 1. maddesi, Zorla Kaybetmeye Karşı Bildiri ile İşkenceye Karşı Sözleşme'de yer alan koruma maddesini²⁴, kapsamını genişleterek tekrar ele almaktadır. Zorla kaybetmenin, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'ne göre insanlığa karşı suçlar listesinde yer aldığı düşünüldüğünde, zorla kaybedilmeye karşı korunma hakkının bir insan hakkı olarak tanınması doğal bir sürecin devamı olarak görülebilir.

Bu yeni koruma hükmü, müdahale edilemeyecek yeni bir otonom hak ihdas etmesi sebebiyle uluslararası insan hakları hukukunda tarihi bir noktayı işaret etmektedir; dolayısıyla, zorlayıcı olmayan uluslararası hukuki metinlerin, içtihat hukukunun ve en önemlisi bu alandaki tek mevcut bölgesel koruma mekanizması olan Amerikan Sözleşmesi'nin geliştirdiği evrimci bir sürecin ürünü, tamamlanma noktası olarak görülebilir.²⁵ Zorla kaybetmeye maruz kalmama hakkının önemi Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin yakın tarihli kararlarıyla güçlendirilmiştir. Mahkeme'ye göre "*zorla kaybetme yasağı ve buna bağlı olarak sorumluları soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğü jus cogens niteliği kazanmıştır*"²⁶.

1- Kişileri zorla kaybetmenin yeni bir uluslararası suç tipi olarak kabulü

Zorla kaybetme oldukça ağır ve karmaşık bir suç tipidir; hem birden fazla mağduru olması nedeniyle, hem de bünyesinde birden fazla ihlal/saldırı barındırması sebebiyle *sui generis* bir suç olarak tanımlanabilir.²⁷ Soykırım ya da işkencenin aksine uluslararası hukuk enstrümanlarıyla daha önce öngörülmediği ve tanımlanmadığı için Sözleşme büyük bir yenilik getirmektedir.

²⁴ Maddenin 2. bendi, İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. bendini aynen tekrar etmektedir.

²⁵ T. Scovazzi, G. Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, s. 284.

²⁶ Inter-Am Court HR, *Goiburú ve diğerleri / Paraguay*, 22 Eylül 2006, para. 84., aktaran T. Scovatti, G. Citroni, *op. cit.*, s. 284.

²⁷ F. Andreu-Guzman, "El Proyecto de convencion internacional para la proteccion de todas las personas contra la desapariciones forzadas" in *Impunidad Crimen de lesa humanidad y desapariciones forzadas*, ss. 75-108'den aktaran C. Callejon, *art. cit.*, s. 340.

Zorla kaybetme, bir dizi insan hakkı ihlali içermesi sebebiyle karmaşık yapıda bir suçtur. Özellikle yaşam hakkı, işkence yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, hukuki kişiliğe sahip olma hakkını belirli koşulların varlığında ihlal edebilmektedir. Hiçbir bölgesel insan hakları sözleşmesinde açıkça yer almayan kişileri zorla kaybetme suçu, mahkemelerin, sözleşmelerle güvenceye alınmış mevcut haklar bağlamında devletlere soruşturma, önleme, cezalandırma yükümlülüğü getirdiği kararlarında somutlaşmaktadır.²⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özellikle Türkiye'yle ilgili verdiği kararlarda öne çıkan gözetiminde kayıplarla ilgili Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi son derece ayrıntılı ve titiz bir metodoloji oluşturmuştur.²⁹ Mahkeme zorla kaybetme suçunu sistematik biçimde “çoklu insan hakları ihlali” olarak değerlendirmiştir.

İnsan Hakları Komitesi'nin 1982 yılında yaşam hakkıyla ilgili kabul ettiği Genel Gözlem'de “Devletlerin bireylerin kaybedilmesini önlemek için özel ve etkili önlemler almasının gerektiği” ifade edilmiş; ayrıca “yaşam hakkının ihlali ihtimalini ortaya koyabilecek koşullarda, kaybolmuş kişilerin durumlarını derinlemesine soruşturmak için Devletin gerekli araç ve usulleri uygulamaya koyması gerektiği” vurgulanmıştır.

a) Kişileri zorla kaybetmenin tanımı

Zorla kaybetmenin tanımı Sözleşme'nin 2. maddesinde yapılmıştır. Buna göre:

“Bu Sözleşme'nin amaçları açısından “zorla kaybetme”, kişilerin, Devlet adına görev yapan veya Devletin yetkilendirmesi, desteği veya bilgisi dahilinde hareket eden kişiler veya gruplar tarafından tutuklanması, gözaltına alınması, kaçırılması veya başka herhangi bir biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmasını takiben kaybolan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığının veya bulunduğu yerin ya da akıbetinin gizlendiğinin reddedilmesini ve böylece yasa koruması dışında bırakılmasını ifade etmektedir.”

BM'nin 1992 tarihli Bildirisi, giriş bölümünde zorla kaybedilmenin olgusal tanımını yapmakla birlikte zorla kaybetmenin tanımını içermiyordu; yine de bu madde Zorla Kaybedilmeye Karşı Amerikan Sözleşmesi'nin 2. maddesinin, BM Sözleşmesi'nin 2. maddesinin ve Roma Statüsü'nün 7 & 2 i) maddesinin esin kaynağı olmuştur.

Zorla kaybetmenin tanımlanması Çalışma Grubu'nun hazırlık çalışmaları sırasında bir dizi tartışmaya neden olmuştur. Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında tartışma yaratan önemli noktalardan biri “hukuki koruma dışında bırakma” ifadesidir. Bu unsurun zorla kaybedilme tanımının

²⁸ Bkz. özellikle AIHM'in Kurt -Türkiye ve Timurtaş - Türkiye kararları.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: J. Benzimra-Hazan, “Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité: la méthodologie de la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme”, RTDH, 2001, ss. 765-796.

maddi unsurlarından biri mi olduğu, yoksa fiilin kaçınılmaz bir sonucu mu olduğu tartışılmıştır. Bazı delegasyonlar bunun ihlalin dördüncü unsuru olduğu iddiasını dile getirmişlerdir. Birleşik Krallık delegasyonu bu unsurun, bir iç hukuktaki kurallara aykırı olarak gerçekleştirilen özgürlüğünden yoksun bırakılma veya tutuklama durumunu ya da iç hukuktaki kuralların uluslararası hukuka aykırı olması durumunu karşıladığını ileri sürmüştür.³⁰ Arjantin delegasyonu ise hukuki koruma dışında bırakma olgusunun dördüncü bir unsur olamayacağını, bir araya gelen diğer üç unsurun kümülatif etkisinin bir sonucu olduğunu ileri sürmüştür.³¹ Gerçekten de hukukun korumasından mahrum bırakma zorla kaybetmenin yapısına içkindir; zorla kaybedilen bir kişinin hukukun koruması dışında bırakılmadığı bir durum tasavvur edilemez; bu unsur özgürlüğünden yoksun bırakılma olgusunun inkarının kaçınılmaz bir sonucudur.³²

Kabul edilen tanıma göre zorla kaybetme suçunun üç temel unsuru vardır. Bunlardan birincisi devlet görevlilerinin veya devletin desteği, yardımı veya bilgisi dahilinde hareket eden kişi ve grupların varlığı, ikincisi özgürlüğünden yoksun bırakma olgusu, üçüncüsü de bu özgürlükten yoksun bırakma durumunun inkarıdır. Suçun tanımına kasit unsurunun dahil edilmesi yönündeki talepler ise reddedilmiştir. Kastın kanıtlanmasının zorluğu ve genellikle zorla kaybetme sürecine suçun farklı safhalarında katılan kişilerin her zaman için kaybedilen kişiyi hukuk koruması dışında bırakmaya yönelik özel bir kast taşımaması karşısında subjektif unsura yer verilmesi yerinde görülmemiştir.³³

Özgürlüğünden yoksun bırakma unsuruyla ilgili olarak, "zorla kaybedilme" ifadesine anlamını veren, kişinin rızası hilafına özgürlüğünün elinden alınmasıdır. Kişinin güvenlik, istihbarat gibi sebeplerle kendi rızasıyla ortadan kaybolması ya da suçla mücadelede misillemeden korunmak amacıyla özgürlüğünden mahrum bırakılmaya rıza göstermesi halinde zorla kaybedilmeden bahsedilemeyecektir.³⁴

³⁰ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu (UN Commission on Human Rights), 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 ESCOR, 62. session, UN Doc E/CN. 4/2006/57, 2 şubat 2006.

³¹ *Ibid.*

³² Scovazzi, Citroni, *op. cit.*, s. 275.

³³ K. Anderson, *art.cit.*

³⁴ Scovazzi, Citroni, *op. cit.*, s. 272.

Zorla kaybetme tanımlanırken üzerinde çokça tartışılan bir diğer nokta, suçun failinin sadece devlet görevlileri veya devlet himayesindeki kişilerle sınırlandırılmasıdır.³⁵ Sözleşme doğrudan devlet güçlerini olduğu kadar "dolaylı devlet güçlerini" de kapsamına almıştır.³⁶ Fakat suçun tanımı, bütün devlet-dışı aktörleri kapsayacak kadar geniş tutulmamıştır. Zorla kaybetme bu özelliğiyle fidye, hürriyeti tahdit gibi suçlardan ayrılmaktadır. Bu çekinceye karşı, Sözleşme'nin sadece devlet odaklı bir zemini esas almaması gerektiği, uluslararası hukukun süjesinin sadece devletlerden ibaret olmadığı eleştirisi ileri sürülmüştür.³⁷

Suçun muhtemel faileri konusunda yaşanan bu uyuşmazlık daha genel olarak, uluslararası ceza hukukuyla uluslararası insan hakları hukuku arasında sıklıkla karşılaşılan uzlaşmazlığa işaret etmektedir. Uluslararası ceza hukukunda aslen bireylerin sorumluluğu esas iken, insan hakları mekanizmalarında ise devletlerin sorumluluğu temel alınmaktadır.³⁸

Zorla kaybetme suçunun oluşması için kaybedilen kişinin mutlaka öldürülmesi gerekmemektedir. Kişi göz altına alındığında ya da tutuklandığında hemen öldürülmüş, canlı bir biçimde bir yerden bir yere sevk edilmiş ya da gizli olarak alıkoyulmakta olabilir.

Zorla kaybetme suçunun en önemli unsuru devlet otoritelerinin kayıp kişiye ne olduğunu gizlemesi ve özgürlüğünden mahrum bırakılma olgusunu inkar etmesidir. Bu inkar farklı şekillerde olabilir; inkarın biçimi suçun oluşmasını etkilemez. Örneğin Devlet kaybolan kişinin varlığından ya da kayıp olduğundan habersiz olduğunu veya kayıp kişinin gerilla güçlerine katıldığını ya da ulaşılması mümkün olmayan başka güçler tarafından kaçırıldığını ileri sürebilir. Gerçeği söylemeyi red, zorla kaybedilmenin tipik unsuru olan belirsizliğin süregitmesine sebep olmaktadır. Kayıp kişinin akıbetine ilişkin bu belirsizlik devam ettiği sürece zorla kaybetme suçu da işlenmeye devam etmektedir.³⁹

³⁵ Belirtmek gerekir ki her ne kadar Latin Amerika'da kişilerin zorla kaybedilmesi temel olarak Devlet güçlerince gerçekleştirilse de, Asya'da yaşanan deneyim daha farklıdır. Endonezya, Filipinler ya da Çin'de zorla kaybetmeler devlet eliyle gerçekleştiriliyorken, Sri Lanka ya da Kaşmir'de, çatışmanın her iki tarafı da bu suçu işlemektedir. BM Çalışma Grubu bünyesinde yaşanan uzun tartışmalardan sonra Kayıp Aileleri Asya Federasyonu, FEDEFAM'la birlikte devlet eliyle kaybedilenlerle sınırlı bir düzenlemede uzlaşmıştır. Bkz. O. Frouville, *op. cit.*, s. 21.

³⁶ K. Anderson, *art. cit.*

³⁷ UN Commission on Human Rights (BM İnsan Hakları Komisyonu), 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 ESCOR, 62. SESSION, UN Doc E/CN. 4/2006/57, 2 şubat 2006.

³⁸ K. Anderson, *art. cit.*

³⁹ *Ibid.*

Suçun zamansal unsuruna bakıldığında, Sözleşme'nin 2. maddesinin zorla kaybedilmenin belirli ya da uzunca bir süre boyunca devam etmesi gerektiği yönünde bir şart getirmediği görülmektedir. Bu noktada Sözleşme'nin zorla kaybetmeyi zamansal bir şartla tanımlayan Roma Statüsü'nden de ayrıldığı görülür. Roma Statüsü'nün 7 (2). maddesi " *kişilerin uzun bir süre (pour une période prolongée) Kanun korumasından mahrum bırakılması amacıyla bu kişilerin nerede oldukları ve akıbetleri hakkında bilgi vermeyi (..) reddetme*" tanımını getirmiştir. Sözleşme'de ise "uzun bir süredir kayıp olma" şartı aranmamaktadır. Zaten bu sürenin ne kadar uzun olması gerektiğini belirlemek de mümkün değildir. Roma Statüsü'nde ayrıca "kanun koruması dışında bırakma" kastının özel olarak aranması gerektiği ifade edilmiştir. Statü'ye göre bir kişinin zorla kaybetme suçunu işlediğinin sabit olması için, sadece bilerek ve isteyerek hareket etmiş olması değil, aynı zamanda kaybedilen kişiyi uzun bir süre kanun koruması dışında bırakmayı da özel olarak istemiş olması gerekir.⁴⁰ Sözleşme'de ise buna benzer bir zaman sınırlamasına gidilmemesi ve özel kastın aranmaması, kanıtlamayı kolaylaştırdığı için yerinde olmuştur. Bununla birlikte Hindistan ve ABD, İnsan Hakları Komisyonu'na sözlü bir not ileterek, kabul edilen son metnin tüm delegasyonların ortak mutabakatını yansıtmadığını bildirmiş ve tanıma açıkça özel kastın eklenmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Zorla kaybetme suçunun oluşması için bir kişiyi hukukun koruması dışında bırakmaya yönelik özel kastın aranmasını savunan görüş ikna edici değildir; zira bu tür bir sınırlama, zorla kaybetmenin iç hukukta bir ihlal oluşturmadığı durumlarda ya da devlet görevlisinin bir emir ya da talimatı yerine getirdiği hallerde veya devletin güvenlik gibi sebeplerle bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığına dair bilgi vermemesine iç hukukun izin verdiği durumlarda devletlere bir meşrulaştırma aracı sunacaktır.⁴¹

b) İnsanlığa karşı suç olarak kişileri zorla kaybetme

Roma Statüsü'nün aksine Sözleşme'ye göre, zorla kaybetme nedeniyle uluslararası hukuk önünde sorumluluk doğması için insanlığa karşı suçun koşullarının oluşmasına ihtiyaç yoktur. Aynı şekilde işkence ya da kötü muamele de uygulanmış olması gerekmez. Ancak Sözleşme, zorla

⁴⁰ O. Frouville, *art. cit.*, s. 17.

⁴¹ Scovazzi, Citroni, *op. cit.*, s. 284.

kaybetmenin insanlığa karşı suçlar kapsamında uygulanmasını göz ardı etmemiş ve bunu ayrı bir hukuki rejime tâbi kılmıştır.⁴²

Sözleşme'nin 5. maddesi zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç olarak işlenmesi halinde yürürlükteki uluslararası hukukun uygulanacağını belirterek, açıkça ifade etmese de, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini güçlendirmiştir. Sözleşme şüphesiz aynı zamanda gelecekte kabul edilmesi muhtemel uluslararası mekanizmalara da işaret etmektedir. 5. maddeye göre:

" Zorla kaybedilmelerin yaygın veya sistematik biçimde uygulanması, yürürlükteki uluslararası hukukun tanımladığı şekliyle, insanlığa karşı işlenmiş suç teşkil eder ve bu mahiyetiyle fiil yürürlükteki uluslararası hukukun yaptırımlarına tabidir."

Zorla kaybetmenin Sözleşme kapsamında insanlığa karşı suç olarak düzenlenmesi, Roma Statüsü'ne taraf olmayan ülkeler için önem taşır. Devletler insanlığa karşı suç olarak zorla kaybetmeyi uygulayan kişileri Sözleşme'nin yarattığı hukuki zemin temelinde yargılayabileceklerdir. Suçun insanlığa karşı suçlar kapsamında işlenmesinin sonucu olarak, evrensel yargı yetkisi, af ve muafiyetlerin uygulanmaması, devletlerin soruşturma, yargılama ve cezalandırma safhasında uluslararası düzeyde işbirliği yapma zorunluluğu söz konusu olacaktır.⁴³ İnsanlığa karşı suçun tespitinde, uygulamadaki yaygınlık ve sistematiklik, zorla kaybetmenin yöneldiği kitle ve insan onurunu ihlal etme düzeyi dikkate alınacaktır.⁴⁴ Ancak bu sistematik uygulamanın kapsamına ilişkin belirleyici hükümler ne 1992 tarihli Bildiri'de, ne 1994 tarihli Amerikan Kayıplar Sözleşmesi'nde, ne de BM Kayıplar Sözleşmesi'nde yer almaktadır.⁴⁵

Sözleşme'den önce, bölgesel insan hakları mahkemesi kararlarında da kişileri zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç oluşturduğu kabul edilmiştir. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi 2004 yılında verdiği bir kararında⁴⁶ hiçbir koşul belirlemeksizin zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç

⁴² K. Anderson, *art. cit.*

⁴³ Scavazzi, Citroni, *op. cit.*, s. 285.

⁴⁴Zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç olarak tanınması yönünde kayıp yakınlarının oluşturduğu derneklerin, özellikle FEDEFAM'ın büyük çabası rol oynamıştır.

⁴⁵ İnsanlığa karşı suçların "yaygın ve sistematik uygulama" koşuluna ilişkin kıstaslar uluslararası ceza mahkemelerinin verdiği kararlarla somutlaşmaktadır. Örneğin Eski-Yugoslavya için Ceza Mahkemesi'nin verdiği Tadic kararına göre, sivil bir nüfusa yönelik sistematik ya da yaygın bir saldırıyla ilişkili ise, tek bir eylem dahi insanlığa karşı suç oluşturabilir. Eğer eylemler bu özgün bağlam içinde kalıyorsa, bir tek ya da sınırlı sayıda kurbanı yönelik eylem de insanlığa karşı suç sayılır." Bkz. Eski-Yugoslavya için Ceza Mahkemesi (ICTY), *Tadic*, No IT-94-1, 15 Temmuz 1999, parag. 248, dipnot 311.

⁴⁶ Inter-Am. Court HR, *19 Comerciantes - Kolombiya*, 5 Temmuz 2004, para. 142.

olduğunu ifade etmiş; 2006'da verdiği, dört kayıp vakasıyla ilgili bir kararında⁴⁷ ise, zorla kaybetmenin sistematik bir devlet terörü oluşturduğunu ve devletin ağırlaştırılmış sorumluluğunu doğurduğunu vurgulamıştır. Zorla kaybetmenin 1998 tarihli Roma Statüsü'ne dahil edilmesinde ise yaşanan korkunç deneyimin izi nedeniyle, Latin Amerika ülkelerinin, Kosta Rika, Şili ve Meksika'nın desteği büyüktür.⁴⁸

2) Mağdur haklarının kapsamının genişletilmesi

Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme'nin en önemli getirilerinden biri, mağdur tanımını genişletmesi ve kayıp kişinin yanı sıra, ailesi ve yakınlarının da bu kapsama alınmasıdır. Sözleşme'nin 24. maddesine göre " *Bu Sözleşme'nin amaçları açısından "mağdur" kaybedilen kişi ve zorla kaybedilme nedeniyle doğrudan zarar gören tüm diğer özel kişileri ifade eder.*" Bu madde zorla kaybetmenin tek mağdurunun zorla kaybedilen kişi olmadığını düzenleyerek devletlere kayıp yakınlarının da haklarının korunması için yükümlülükler getirmektedir.

Uluslararası organların kararlarında zorla kaybedilmenin etkisinin mağdur aileleri için de bir işkence biçimini aldığı kabul edilmiştir.⁴⁹ Fakat özellikle belirtmek gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tutumu daha katıdır; kayıp yakını kendi çektiği sürekli acı ve ızdırabın Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında insanlık dışı bir muameleye dönüştüğünü kanıtlamak zorundadır. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumuna tezat olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kayıp yakınları için bir karine kabul etmiş değildir.⁵⁰ Kayıplar Sözleşmesi ise, bir görüşe göre sadece kayıp yakınlarını değil, onlara destek veren ve yardım eden kişileri, örneğin insan hakları savunucularını ya da avukatları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaya müsaittir.⁵¹

a) Tazminat hakkı

Kayıp ailelerinin mağdur statüsünün kabul edilmesi, özellikle tazminat hakkı ve diğer giderim hakları açısından önem taşımaktadır. 24. (4). madde kayıp aileleri için tazminat hakkını

⁴⁷ Inter-Am. Court HR, *Goiburú ve diğerleri - Paraguay*, 22 Eylül 2006, C Serisi, no. 153., aktaran Scavazzi, Citroni, *op. cit.*, s. 180.

⁴⁸ Latin Amerika ülkelerinin yanı sıra Fransa, Yemen, Birleşik Krallık, Hindistan gibi ülkeler de zorla kaybedilmenin Statü'ye girmesini desteklemişlerdir.

⁴⁹ İnsan Hakları Komitesi, kaybedilmelerin aileler açısından Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesinin ihlalini oluşturduğunu ifade etmiştir. Bkz. Celis Laureano - Peru, başvuru no. 540/1993, Mojica - Dominik Cumhuriyeti, başvuru no. 449/1991. Inter-Am. Court HR, Blake - Guatemala; AIHM, Kurt - Türkiye, *a.g.k.*.

⁵⁰ Scavazzi/Citroni, *op. cit.*, s. 344.

⁵¹ *Ibid.*, s. 345

düzenlemektedir.⁵² Tazminat hakkı, maddi ve manevi tazminatın yanı sıra, ailelerin yaşadığı acıyı teskin etmek için farklı giderim yöntemlerini de içermektedir. 24. maddede maddi ve manevi tazminatın yanı sıra kayıpların iadesi, rehabilitasyon, kişinin onurunun ve saygınlığının yeniden iadesi dahil, hakkın teslimi ve olayın bir daha tekrarlanmayacağına ilişkin güvenceler de hakkın kapsamında sayılmıştır. Sözleşme mağdur tanımını ve tanınan hakların kapsamını genişleterek dünyanın dört bir yanındaki kayıp yakınlarının mağduriyetlerini giderme yönünde önemli bir adım atmıştır.

Sözleşme'nin düzenlediği bir diğer konu da çoğunlukla göz ardı edilen, kaybedilen anne-babaların çocuklarının kaçırılmasıdır. Hamile kadınların kaçırılıp gizlice doğum yaptırılarak çocuklarına el koyulması Latin Amerika'da yaşanan kayıp olaylarının en korkunç yüzlerinden birini oluşturmuştur. Sözleşme'nin 25. maddesi devletlere bu suçu önlemek, cezalandırmak ve özellikle de kaçırılan çocukların kimliklerinin tespit edilerek ailelerine iade etmek için gereken önlemleri almayı emretmektedir. Bu husus daha önce Zorla Kaybedilmeye karşı BM Bildirisi ve Zorla Kaybedilmeye karşı Amerikan Sözleşmesi'nde de yer almasına rağmen, ilk kez uluslararası düzeyde bağlayıcı bir hükme konu olmuştur.

Tazminat hakkının yanı sıra Sözleşme'nin 24. maddesi ailelere, yakınlarının zorla kaybedilmesi nedeniyle uğradıkları ekonomik kayıpları ve destekten mahrumiyeti gidermek için sosyal güvence, mülkiyet hakkı, ekonomik destek gibi konularda da devletlere düzenleme yapma yükümlülüğü getirmektedir.

b) Gerçeği bilme hakkı

Sözleşme'nin uluslararası insan hakları hukuku açısından kaydettiği en önemli ilerlemelerden biri kayıp yakınlarının "gerçeği bilme hakkının/hakikat hakkının" kabul edilmiş olmasıdır. Buna göre "*Her mağdurun, zorla kaybetme olayının cereyan ettiği koşulları, yapılan soruşturmanın ilerlemesini ve sonuçlarını ve kaybolmuş kişinin akıbetini bilme hakkı vardır. Taraf Devletlerden her biri bunların sağlanması için gerekli önlemleri alacaktır.*" Böylece ilk olarak insancıl hukukta kaynağını bulan hakikat hakkı⁵³, özellikle Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin etkisiyle kayıplar bakımından uluslararası

⁵² Md. 24 (4): "*Taraf Devletlerden her biri, zorla kaybedilme olayı mağdurlarının durumlarının düzeltilmesi ve adil ve yeterli bir tazminat alma haklarının yaşama geçirilmesi için kendi hukuk sisteminde gerekli düzenlemeleri yapacaktır.*"

⁵³ Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 1 numaralı Protokol'ün 32. maddesi mağdurların yakınlarının akıbetiyle ilgili gerçeği öğrenme hakkını kabul eder.

insan hakları hukukunda yerini almış ve BM Sözleşmesi'yle de bağlayıcı bir niteliğe kavuşmuştur.⁵⁴ Uluslararası Kızılhaç Örgütü, kayıpların ve ailelerinin haklarıyla ilgili devletlerin iç hukuklarında yapmaları gereken düzenlemelere ilişkin hazırladığı tavsiyede, uluslararası insancıl hukukun bir zorunluluğu olarak, aile fertlerinin kayıp yakınlarının akıbeti ve yürütülen soruşturmanın seyri hakkında bilgi edinme hakkının iç hukuk mevzuatlarında düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁵ Gerçeği bilme hakkı uluslararası teamül hukukunda da kabul edilmiştir.

Kişileri zorla kaybetme olayları, kayıp yakınlarının ötesinde toplumun bütünü ve onun geçmişle ilişkisini de etkilemekte; çatışma ve savaşa son vererek kalıcı bir barışın yaratılmasını engellemektedir.⁵⁶ Toplumsal uzlaşmayı ve barışmayı sağlamanın tek yolu, kayıpların akıbetini ve nerede olduklarını tespit ederek kamuoyuyla paylaşmaktır. Gerçeği bilme hakkı ilk kez BM Ayrımcılığı Önleme ve Azınlıkların Korunması Alt-Komyonu'nun insan hakları ihlalleri sorumlularıyla ilgili yayınladığı sonuç raporunda, "*dokunulmazlıkla mücadele için büyük önem taşıyan, sadece kayıp yakınlarını değil, tüm insanlığı ilgilendiren kolektif bir hak*" olarak tanımlanmıştır.⁵⁷ Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi de, Amerikan Sözleşmesi'nde gerçeği bilme hakkı açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, pek çok kararında adil yargılanma hakkı ve yargısal korunma hakkı temelinde kayıp yakınlarının gerçeği bilme hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir.⁵⁸ Bosna Hersek'te yaşanan insan hakları ihlalleri için harekete geçen Bosna Hersek için İnsan Hakları Dairesi de, aynı karara ulaşmak için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin işkence ve kötü muameleyi yasaklayan 3. maddesi ile özel yaşama ve aile yaşamına saygıyı düzenleyen 8. maddesini hukuki temel olarak kullanmıştır.⁵⁹

⁵⁴ C. Callejon, *art. cit.*, s. 348.

⁵⁵ Uluslararası Kızıl Haç Komitesi (CICR), "Les Personnes portées disparues et leurs familles: Recommandation pour l'élaboration d'une législation nationale", 10/2003, www.cicr.org. (Erişim tarihi: 06/07/2011). Kızılhaç Komitesi, "aile"nin geniş yorumlanması gerektiğini belirtmekte ve kayıp yakınları bakımından, aile fertlerine bilgi verilmesinin sistematik ve bilinçli biçimde reddedilmesinin bir suç olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

⁵⁶ M. Crettol, A.-M. La Rosa, "Les personnes portées disparues et la justice transitionnelle: le droit de savoir et la lutte contre l'impunité", *Revue Internationale de Croix-Rouge (RICR)*, vol. 88, no. 862, Haziran 2006, s. 356.

⁵⁷ BM İnsan Hakları Komisyonu, *Question of the impunity of perpetrators of human rights violations*, E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 Haziran 1997, parag. 17.

⁵⁸ Bkz. Inter Am. Cour HR, Castillo Paez - Peru, 3 Kasım 1997, Velasquez - Guatemala, 25 Kasım 2000.

⁵⁹ Bosna Hersek için İnsan Hakları Dairesi (HRCBH), Palic - Sırp Cumhuriyeti, 11 Ocak 2001, no. CH/99/3196. Bosna Hersek 2004'te kayıplarla ilgili bir yasa kabul etmiş ve ailelerin kayıp yakınlarının akıbetlerini bilme hakkını güvenceye almıştır. Bkz. Kayıplar Yasası, Bosna Hersek Resmi Gazetesi 50/04.A, aktaran Scavazzi/Citroni, *op. cit.*, s. 353, dipnot no. 253.

Kayıplar Sözleşmesi'nin müzakereleri sırasında ABD delegasyonu, Sözleşme'de yer alan gerçeği bilme hakkı yerine "*araştırma, bilgi alma ve iletme özgürlüğü*" ifadesinin daha tercih edilir olduğunu, gerçeğe ulaşma hakkının yeni bir uluslararası hak ya da yükümlülük olarak kabul edilemeyeceğini iletmiştir. Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 1 Numaralı Protokol'e de taraf olmayan ABD böylece hukuki bir gerçeği söyleme yükümlülüğünü kabul etmemektedir.⁶⁰

Kayıp ailelerinin gerçeği öğrenme hakkının, kişi kaybedildikten sonra hangi safhalarda ve nasıl kullanılacağı sorusu ortaya çıkabilir. Kayıp olayının soruşturulması ve delillerin toplanması sırasında bu hak kayıp yakınlarına önemli imkanlar verebilir; olayla ilgili bilgiler yetkili makamlardan istenebilir; aileler dava süreci için gerekli delil ve bilgilerin toplanması için soruşturma safhasında sürece müdahil olabilirler. Yine kayıp mezarlarının açılması ve kazıların yapılmasıyla ailelere önemli bilgiler sağlanabilir. Uluslararası ceza mahkemelerinin önüne gelen pek çok olayda, yapılan kazılarda ölüm sebebi tespit edilmesine rağmen, incelemenin çok uzun zaman aldığı ve gerekli teknoloji bulunmadığı gerekçesiyle kimlik tespiti yapılmadan kalıtlar tekrar gömüldüğü için, ailelerin hem gerçeği bilme hakkı hem de yakınlarının naaşını geri alma hakkı ihlal edilmiştir.⁶¹

Kayıp aileleri yargılama safhasında da davaya müdahil olabilir, tanık olarak dinlenebilirler. Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski-Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi yargılamalarında mağdurlar sadece tanık sıfatıyla dinlenerek yargısal süreçte çok kısıtlı yer almışlardır⁶²; Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'nde ise mağdurlara, yargılamanın her aşamasında görüşlerini ve taleplerini dile getirme hakkı tanınmaktadır.⁶³

c) Kayıp naaşlarının iadesi

İlk defa Kayıplar Sözleşmesi'yle birlikte, insan kalıntılarının iadesi, hukuken bağlayıcı uluslararası bir metinle, tazminat hakkından bağımsız biçimde, özerk bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 24 (3). maddesi, kayıp kişilerin ölmüş olması halinde, naaşının bulunduğu yerin tespit edilmesini, naaşa saygı gösterilmesini ve naaşın ölen kişinin yakınlarına iade edilmesini bir yükümlülük olarak düzenlemektedir.

⁶⁰ Scavazzi/Citroni, *op. cit.*, s. 360.

⁶¹ M. Crettol, A.-M. Rosa, *art. cit.*, s. 358

⁶² *Ibid.*

⁶³ Roma Statüsü, md. 75.

Kaybedilip öldürülenlerin bedenlerinin uçaklardan atılarak, dinamitlenerek, yakılarak yok edildiği ya da toplu mezarlara gömülerek izinin kaybedilmeye çalışıldığı bilinen bir gerçektir. Arjantin Hakikat Komisyonu'na göre, bedenlerin yok edilmesi kaybetme metodolojisinin bir parçasıdır⁶⁴; bu yöntem geride kalanları sürekli umut içinde tutarak belirsizliği uzatmayı, belge ve delilleri yok ederek sorumlulara yargısal bağışıklık sağlamayı, yakınların suskunluğunu sürdürmeyi ve ölüleri isimsiz, kimliksiz, mezarsız bırakmak suretiyle korkunç bir dönemi belleklerden silerek kamusal tepkiyi önlemeyi amaçlamaktadır.

Bazı durumlarda bedenlerin yok edilmesi kültürel değerlerin ve geleneklerin çiğnenmesi amacıyla, kitlesel bir aşağılama ve baskıyı da hedefleyebilir. Guatemala Tarihi Aydınlatma Komisyonu, ülkedeki kayıp vakalarında bedenlerin ortadan kaldırılmasının ülkede yaşayan toplulukların, özellikle Mayaların dini inanışlarını, kültürel değerlerini çiğnediğini ifade etmiştir. Ölenlerin hatırasına ve onuruna yapılan bu büyük saldırının ülkede açtığı büyük yara, ancak gizli toplu mezarların kazılmasıyla ve ölenlerin kimliklerinin tespit edilmesiyle kapanacaktır. Kurbanların bedenleri ve kalıntıları, kendi kültürlerine göre saygın bir cenaze töreni yapabilmeleri için yakınlarına teslim edilmelidir.⁶⁵ Kayıpların naaşlarına ulaşmak için yapılacak kazılar sadece hukuki bir prosedür olarak değil, her şeyden önce bireysel ve kolektif onarımın bir aracı olarak görülmelidir.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi de, ölenlerin naaşının iadesinin bizatihi bir tazminat biçimi olduğunu, mağdurların haysiyetini, hatıralarını onurlandırmayı amaçladığını belirterek, devleti mahkum ettiği pek çok kararında, tazminat olarak ölenin kalıntılarının ailenin istediği bir yere, ücret istenmeksizin gömülmesine hükmetmiştir.⁶⁶

⁶⁴ CONADEP, *Nunca Más – Never Again*, Buenos Aires, 1984, Part I “The Repression”: Why did the bodies disappear?, http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/english/library/neveragain/neveragain_169.htm.

⁶⁵ The Commission for Historical Clarification (CEH), *Guatemala: Memory of Silence*, “Conclusions – Altered Mourning and Clandestine Cemeteries”, parag. 53–54, s. 17.

⁶⁶ Ör. bkz. Juan Humberto Sanchez - Honduras, 7 temmuz 2003, C Serisi, no. 99, dipnot 286.

B) Kişileri Zorla Kaybetmeyle Uluslararası Mücadele İçin Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri

1) Zorla kaybetmeyi suç olarak düzenleme, yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü

Kişileri zorla kaybetmenin siyasi bir silah olarak bu denli yaygın bir biçimde kullanılabilmesi, suçun faillerinin cezalandırılmayacaklarını neredeyse kesin olarak bilmeleri sayesinde. Kayıplar Sözleşmesi uluslararası düzeyde ilk defa devletlere zorla kaybetmeyi ceza hukuklarında suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirmektedir. Üstelik devlet zorla kaybetmeyi bağımsız bir suç olarak düzenleme yükümlülüğü altındadır. Suçun yarattığı ihlalin ağırlığı ve mütemadi bir suç olma vasfı nedeniyle bağımsız bir düzenlemeye konu olması önemlidir.⁶⁷ Sözleşme'nin 7. maddesine göre tüm devletler kişileri zorla kaybetme suçunun ağırlığını göz önüne alarak bu suçu uygun araçlarla cezalandırmak zorundadırlar. Devletler suçun ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerini öngörebilirler.

Sözleşme'nin 8. maddesi ise zorla kaybetme suçu için farklı bir zamanaşımı süresi getirmektedir. Buna göre, normal şartlarda suçun işlendiği andan itibaren başlayacak olan zamanaşımı süresi, zorla kaybetmenin sürekli suç vasfı dikkate alınarak suçun sona erdiği, bir diğer deyişle kayıp kişinin bulunduğu andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu açıdan bir "askıda zaman" söz konusudur. Düzenlemenin amacı yargısal bağımsızlığın önüne geçmektir. 8 (2). madde ayrıca devletlere suçun mağdurlarına zamanaşımı süresi içinde etkili bir başvuru yolu tanıma zorunluluğu da getirmiştir. Belirtmek gerekir ki zorla kaybetmenin sistematik ya da yaygın bir biçimde, insanlığa karşı suç kapsamında işlenmesi durumunda, uluslararası teamül hukukuna göre zamanaşımına uğraması mümkün olmayacaktır.

Sözleşme'nin 11. maddesi devletlere, uluslararası yükümlülükler uyarınca, suçlanan kişinin sınır dışı edilmemesi, başka bir devlete ya da yetkisi tanınan bir uluslararası ceza mahkemesine teslim edilmemesi durumunda bu kişiyi takip etme, soruşturma ve yargılama yükümlülüğü getirmektedir. Sözleşme'nin böylece devletlere evrensel yargılama yetkisini kullanma zorunluluğu getirdiği görülmektedir. Diğer bir deyişle devlet, zorla kaybetme suçunun faillerini sınır dışı etmemesi ya da uluslararası bir mahkemeye teslim etmemesi durumunda yargılama yetkisini kullanmak zorundadır. Burada yer verilen uluslararası ceza mahkemesi tabiri, bir anlaşmayla ya

⁶⁷ Bölgesel düzeyde sadece Zorla Kaybedilmeye Karşı Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, evrensel ölçekte de BM Zorla Kaybetmeye Karşı 1992 Bildirgesi bu yükümlülüğü öngörmüştür. Ancak bildirgenin hukuken zorlayıcılığı yoktur.

da BM Güvenlik Konseyi kararıyla ileride kurulabilecek *ad hoc* bir ceza mahkemesini de kapsamakla birlikte, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılama yetkisine de dolaylı bir atıfta bulunmaktadır.⁶⁸

6. madde devletin yargılama zorunluluğu bulunan zorla kaybetme suçunun faillerinin kimler olduğunu ayrıntılı bir şekilde belirtmiştir.⁶⁹ Düzenlemede dikkat çeken en önemli nokta, emre itaatin zorla kaybetme suçunu meşrulaştırmayacağına yönelik hükümdür.

Kişileri zorla kaybetmenin cezalandırılmasıyla ilgili, sözleşmenin hazırlık sürecinde tartışılmış olan bir diğer önemli konu da, zorla kaybetme suçunun faillerinin iç hukukta uygulanacak af ve muafiyetlerin dışında tutulmasıdır.⁷⁰ Bu konuda insan hakları örgütleri ve kayıp aileleri derneklerinin ısrarlarına rağmen delegasyonlar arasında bir mutabakat sağlanamaması nedeniyle BM Zorla Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu sessiz kalmış ve Sözleşme'de bu yönde bir düzenlemeye gidilmemiştir. Oysa 1992 tarihli Kayıplar Bildirgesi'nde, zorla kaybetme suçunu işleyen kişilerin hiçbir özel af yasasından ya da yargılamadan veya infazdan bağışık tutulamayacağına ilişkin açık düzenlemeye yer verilmiştir.⁷¹ Aynı şekilde, zorla kaybetmenin sürekli suç niteliği taşıdığı gerekçesiyle Sözleşme'nin geriye dönük olarak, yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen olaylara da uygulanması yönündeki öneri de kabul edilmemiştir.

⁶⁸ Scavazzi/Citroni, *op. cit.*, s. 303.

⁶⁹ 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 gözetiminde kayıpla ilgili fiil veya teşebbüslerini ortaya koyan bilgilerden haberdar olan veya bu bilgileri kasten 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.

Bu konuda bkz. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 1463 sayılı kararı (2005): "Gelecekte kabul edilecek Zorla Kaybetmeye Dair Sözleşme'nin dokunulmazlığa karşı, zorla kaybetme faillerinin her tür af ya da benzeri uygulamaların, dokunulmazlık ve ayrıcalıkların ve infazdan özel muafiyetlerin dışında bırakılmasını düzenlemesi gerekir.

⁷¹ BM Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri md. 18/1.

2) Kayıpları soruşturma yükümlülüğü

Devletin zorla kaybetme olayından herhangi bir şekilde haberdar olması halinde suçun soruşturulmasına dair taşıdığı yükümlülükler de sözleşmede düzenlenmiştir. Zorla kaybetmenin sistematik bir şekilde uygulandığı ülkelerde, bütün engellemelere rağmen bir soruşturma açılrsa ve kişilerin zorla kaybetme eylemine katıldığı doğrulansa bile, yürürlükteki yasal sistem çoğu kez bu kişiler hakkında etkin bir soruşturma ve yargılama yapılmasını ve bu kişilerin cezalandırılmasını önlemektedir. Hatta bazı ülkelerde toplumsal uzlaşma adına, uygulamaların toplumun hafızasından silinmek istendiği, af ve benzeri yollarla failerin korunmaya çalışıldığı dahi görülmektedir.⁷²

Devletin öncelikle zorla kaybedilme mağduru olduğunu iddia eden her kişiye, yetkili ve tarafsız bir merci önünde olayları bildirme ve şikayette bulunma hakkı tanınması gerektiği ve bu mercilerin iddiayı hızlıca ve tarafsız bir şekilde derinlemesine araştırmaları, gerektiğinde vakit kaybetmeden ayrıntılı ve tarafsız bir soruşturma başlatmaları gerektiği Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Zorla kaybetmenin aydınlatılması için büyük önem taşıyan bir diğer husus; şikayette bulunanın, tanıkların, kayıp kişinin yakınlarının, avukatlarının ve soruşturmaya katılan tüm diğer kişilerin her tür kötü muamele, baskı, sindirme ve misillemelere karşı korunması için devlete önlem alma yükümlülüğü getirilmiş olmasıdır.⁷³ Yine maddenin 2. fıkrası bir kişinin zorla kaybedildiğine inanmak için makul gerekçeler bulunması halinde, resmi bir şikayete konu olmasa bile, yetkili makamların soruşturma açma yükümlülüğü olduğunu hükme bağlanmıştır. Sözleşme'nin bağımsız ve yetkili bir mercinin bulunması gerekliliğine ve bu mercinin soruşturmayı iyi yürütebilmesi için gereken tüm yetki ve kaynaklara sahip olması için devletin sorumluluğuna yaptığı vurgu, etkili bir soruşturmanın zorla kaybedilmeden korunma hakkının somutlaştırılması için ne denli önemli olduğunu göstermektedir.

Sözleşme'nin bu maddesinin, herkese kayıp olayını bildirme hakkı tanıyarak bir tür *actio popularis* tanıdığı iddia edilmiştir; çünkü hiçbir sınırlandırıcı menfaat şartı ya da mağdurla yakınlık ilişkisi aranmamaktadır.⁷⁴ Sözleşme bu açıdan, söz konusu hakkı "*elinde bilgiler bulunan ya da meşru bir ilgi ileri sürebilen her kişiye*" tanımakla yetinen Bildirge'den ayrılmaktadır.

⁷² G. Alpkaya, "Kayıplar Sorunu ve Türkiye", *art. cit.*, s. 38.

⁷³ Md. 12 (4).

⁷⁴ O. Frouville, *art. cit.*, s. 54.

3) Kişilerin zorla kaybedilmesini önlemek için özgürlüğünden yoksun bırakılmanın hukukla düzenlenmesi

Sözleşme'nin esasa ilişkin merkezi hükümlerini oluşturan maddeler gözaltı ve tutuklama tedbirlerinin hukuken düzenlenmesine ilişkindir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan tedbirlerin hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkeleri temelinde açıkça kurallara bağlanması zorla kaybedilmenin önlenmesi için büyük önem taşımaktadır. Özgürlükten yoksun bırakma emrini vermeye yetkili kişilerin açıkça belirlenmiş olmaması, özgürlükten yoksun bırakmanın koşullarının esnek ve belirsiz olması, kişilerin tutulacağı yerlerin belirsiz olması, gözaltı ve salıverilmelerin kaydının tutulmaması kaybedilmeyi kolaylaştıran eksikliklerdir.⁷⁵

Sözleşme'nin 17, 18, 19, 20, 21 ve 22. maddeleri temelde "özgürlüğünden yoksun bırakma olgusunun inkarını" ya da "kayıp kişinin akıbetinin veya bulunduğu yerin gizli tutulmasını" engellemek amacıyla bir dizi güvence tanıyarak kaybedilmeyi önlemeyi amaçlamaktadır.⁷⁶ Böylece hukuki güvence sağlayan usûl kurallarıyla kişinin hukukun koruması dışına çıkarılması zorlaşacaktır.

Sözleşme'nin 17. maddesine göre, özgürlüğünden yoksun bırakma emrini vermeye yetkili makamlar ve özgürlüğünden yoksun bırakılmanın koşulları açıkça belirlenmelidir. Yine gizli gözaltıyı önlemek amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin tutulduğu yerlerin resmen tanınmış ve denetime açık yerler olması gerektiği düzenlenmiştir. Gözaltında tutulan kişinin ailesiyle ve avukatıyla görüşme hakkının tanınmasının yanı sıra, özgürlüğünden yoksun bırakan tedbirin yargısal denetiminin yapılabilmesi için, kaybolan kişinin ailesi, akrabası, avukatı gibi yakınlarının karara karşı yargıya başvurma hakkı da tanınmıştır. Bununla amaçlanan, özgürlüğünden yoksun bırakan tedbirin hukuka uygunluğunun vakit kaybetmeden denetlenmesi ve gerekli koşulların bulunmaması halinde kişinin serbest bırakılmasıdır. Sözleşme'nin bu maddesi *habeas corpus* güvencesini somutlaştırmaktadır.

17. maddenin son fıkrasında, gözaltının hukukiliği ilkesi temelinde, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin bilgilerini içeren güncellenmiş resmi kayıtların tutulması gerekliliği ve bu kayıtlarda yer alacak hususlar düzenlenmiştir.⁷⁷

⁷⁵ G. Alpkaya, *art. cit.*, s. 37.

⁷⁶ O. Frouville, *art. cit.*, s. 62.

⁷⁷ Md. 17 (3) (a) Özürlüklerinden yoksun bırakılan kişinin kimliği;

(b) Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı tarih, zaman ve yer ve özgürlüğünden yoksun bırakma kararını veren merci;

(c) Özgürlükten yoksun bırakma emrini veren merci ve bunun gerekçeleri;

Sözleşme'nin 18, 19 ve 20. maddeleri kayıp yakınlarının ve meşru bir ilgisi olan kişilerin bilme hakkını düzenlemektedir. Oldukça ayrıntılı düzenlenen bu hükümler özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin sağlığına ilişkin bilgilere ulaşma ve kişinin ölmesi halinde naaşının yakınlarına teslim edilmesi hakkını da kapsamaktadır. İç hukuklarında gözaltı ya da tutukluluk durumuna ilişkin bilgi alma hakkının ulusal güvenlik gerekçesiyle kısıtlanabileceğini öngören devletler bu sınırlandırma amacının Sözleşme'ye girmesi yönünde çaba göstermiştir. Her ne kadar "ulusal güvenlik" ifadesi Sözleşme'de yer almasa da, 20. maddede bilgi alma hakkının kısıtlanabileceği istisnai durumlar sıralanırken⁷⁸ "*kişinin özel yaşamını ve güvenliğini olumsuz yönde etkileyecek*" , "*bir ceza soruşturmasını engelleyecek*" ifadelerinin ardından yer verilen "*yasayla öngörülen benzer diğer gerekçelerle*" ifadesi de ulusal güvenliğe ilişkin kaygılarla hakkın sınırlandırılması tehlikesini taşımaktadır. Buna göre, iç hukukta yasayla düzenlendiği her durumda, kişinin tutulduğu yere ilişkin bilgi yakınlarından gizlenebilecektir.⁷⁹ Böylesi bir yorum her halükarda kişilerin zorla kaybedilmesinin önlenmesi amacına aykırı olacağı gibi, Sözleşme'nin amaçlarını da göz ardı etmiş olacaktır.⁸⁰

Sözleşme'nin 22. maddesi ise özgürlüğünden yoksun bırakma tedbirlerinin hukuka ve sözleşmeye aykırı olması, bunlara karşı etkili bir itiraz mercii olmaması, hukuk yollarının

(d) Özgürlükten yoksun bırakılma durumunu denetlemekten sorumlu merci;

(e) Özgürlükten yoksun bırakılan kişinin tutulduğu yer, kişinin bu yere alındığı tarih ve zaman ve bu yerin belirlenmesinden sorumlu merci;

(f) Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin sağlık durumu ile ilgili bilgiler;

(g) Kişinin özgürlüğünden yoksun kaldığı süre içinde ölmesi durumunda ölüm nedenleri ve koşulları ve ölmüş kişiye daha sonra ne yapıldığı;

(h) Serbest bırakılma veya başka bir gözetim yerine nakil işlemlerinin tarih ve zamanı, gönderildiği yer ve nakil işleminden sorumlu merci.

⁷⁸ Md. 20: 18. maddede atıfta bulunulan bilgi alma hakkı, istisnai olarak, yalnızca ilgili kişi yasaların koruması altındaysa ve özgürlükten yoksun bırakma durumu yargı denetimine tabi ise kısıtlanabilir. Ancak böyle bir kısıtlamaya, mutlak zorunluluk görüldüğünde, yasalara uygun olarak uygulandığında ve kişiyle ilgili bilgilerin aktarılmasının o kişinin özel yaşamını ve güvenliğini olumsuz yönde etkileyeceği, cezai bir soruşturmayı engelleyeceği veya buna benzer durumlarda, yasal çerçevede, uluslararası hukuka uygun olarak ve bu Sözleşme'nin hedefleri doğrultusunda başvurulabilir. Buna karşılık, 18. maddede atıfta bulunulan ve 2. maddede tarif edilen duruma yol açabilecek veya 17. maddenin (1). paragrafını ihlal edici bilgilenme hakkı sınırlamasına hiçbir durumda başvurulamaz.

⁷⁹ Müzakereler sırasında Arjantin, bu hükmün hiçbir şekilde zorla kaybetme suçunu oluşturan bilgilerin gizlenmesinin ya da inkar edilmesinin mümkün olduğu şeklinde yorumlanamayacağını bildirmiştir. Özellikle de özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişinin akibeti hakkındaki, hayatta olup olmadığı, fiziksel ve ruhsal sağlığı ile bulunduğu yere ilişkin bilgiler gizlenemez. Birleşik Krallık da bu istisna hükmünün ancak kişinin uluslararası hukuka uygun yasa koruması dışında bırakılmadığı hallerde uygulanabileceğini bildirmiştir. (doc. A/HRC/1/SR.21).

⁸⁰ Scovazzi/Citroni, *op. cit.*, s. 340.

geciktirilmesi, engellenmesi, kayıtların tutulmaması ve bilgi verilmesinin reddedilmesi halinde devletlerin bu ihlalleri yaptırma bağlama yükümlülüğünü düzenlemektedir.

4) Kayıplarla ilgili uluslararası nitelikte bir izleme mekanizmasının kurulması

Sözleşme'nin 26.-36. maddeleri Sözleşme'yle kurulan yeni kayıpları izleme organının işleyişini ve yetkilerini düzenlemektedir. Bu izleme organının yapısı ve niteliği devletler arasında tartışmalara yol açmıştır. Tartışılan farklı izleme ve raporlama yöntemleri arasında, Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerin denetimini halihazırdaki İnsan Hakları Komitesi'ne tevdi etme önerisi ileri sürülmüştür. Böylece Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme'nin de Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne ek bir protokol olarak tasarlanması gündeme gelmiştir. İkinci ve nihai kabul gören öneri ise, yeni Sözleşme'ye uygunluk denetimini yapacak yeni ve bağımsız bir komite kurulması yönünde olmuştur. Bu aşamada getirilen öneri pek çok devletin çekincesiyle karşılaşmıştır. Müzakereci devletlerin bazıları, zorla kaybetme suçunun Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile güvenceye alınmış birden fazla hakkın ihlaline sebep olması nedeniyle, bu konuda en yetkili ve donanımlı organ olan İnsan Hakları Komitesi'nin denetimini esas almayı daha doğru bulduklarını ifade etmişlerdir. Ancak bu öneri, Sözleşme'nin bir ek protokol olarak tasarlanması yönündeki öneriyle birlikte, yeni mekanizmanın siyasi varlığını ve önemini silikleştireceği gerekçesiyle reddedilmiştir.

Yeni denetim mekanizmasının bağımsız uzmanlardan oluşan bir komite olarak tasarlanması zorla kaybetme suçunun mağdurlarının haklarının korunması açısından son derece önemli bir gelişmedir. Bugüne kadar bu ihlalin mağdurlarının elinde BM insan hakları koruma sistemi içinde iki başvuru aracı mevcut idi. Bunlardan ilki İnsan Hakları Komisyonu'nun Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu'na, diğeri de doğrudan İnsan Hakları Komitesi'ne bireysel başvuruda bulunmaktı. Bu iki başvuru mekanizması da hukuki açıdan etkisiz ve devletleri kayıp olayını aydınlatmaya davet eden, ancak raporlamayla sınırlı bir imkan sunmaktaydı. Ayrıca Çalışma Grubu sadece kendisine iletilen olaylar üzerinde çalışma imkanı olan ve ancak devletin izin vermesi halinde olay yerinde inceleme yapma yetkisi bulunan, imkanları oldukça sınırlı bir yapıdaydı. İnsan Hakları Komitesi ise, Sözleşme'den önce zorla kaybedilmenin bir suç olarak öngörülmemiş ve tanımlanmamış olması karşısında, ihlal iddialarını değerlendirme imkanından yoksundu.⁸¹

⁸¹ C. Callejon, *art. cit.*, s. 354.

Oluşturulan yeni Komite'nin yetkilerinin düzenlendiği 27. maddede; bağımsız, tarafsız ve devletlerin coğrafi dağılımıyla orantılı bir seçim usulüyle belirlenecek on uzmandan oluşan, insan hakları alanında yetkisi kabul edilen ve üyeler açısından kadın-erkek dağılımının eşit olacağı bir organın kurulması öngörülmüştür. Maddede aynı zamanda seçim usulü, üyelerin görevlendirilmesine ilişkin kurallar ve Komite'nin işleyişi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Komite'nin yetkileri Sözleşme'nin 28 ila 35. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 28. madde Komite'nin diğer BM organları, insan haklarıyla ilgili uluslararası kuruluşlar ve ulusal makamlarla işbirliğini, 29. madde ise devletlerin Komite'ye iki senede bir sundukları raporlar aracılığıyla Sözleşme'nin "idari denetimini" düzenlemektedir. Devletler bu raporlarda Sözleşme'yi uygulamak için aldıkları somut önlem ve düzenlemeleri Komite'ye bildirmek zorundadırlar.⁸²

Komite'ye tanınan en önemli yetki ise, bireylerden ya da devletlerden gelen kayıp şikayetlerini değerlendirip karara bağlamaktır. Komite'ye tanınan bu yarı-yargısal denetim yetkisi Sözleşme'nin en önemli kazanımlarından biridir; kayıp vakalarını yargısal usullere ve güvencelere başvurarak inceleyecek bağımsız ve özel bir denetim merciinin kurulması, zorla kaybetmenin uluslararası düzeyde önlenmesi için umut vericidir. Ancak ne yazık ki Komite'nin yetkisi taraf devletler tarafından tanınmasına tâbidir; devletlerin Komite'nin yetkisini tanıdıklarını beyan etmeleri gerekmektedir.⁸³

Sözleşme'nin getirdiği bir diğer dikkate değer yenilik Komite'ye "*acil önlemler alma yetkisi*"nin tanınmış olmasıdır. Bu yetki daha önce başka hiçbir denetim mekanizmasının öngörmediği, zorla kaybetmeyi önlemek adına çok önemli bir gelişmedir. Sözleşme'nin 30. maddesi, bir kayıp yakını, avukatı ya da yetkilendirilmiş yahut da da meşru ilgisi olan bir kişi tarafından ivedi olarak Komite'ye başvurulması halinde; başvurunun temelsiz olmadığını ve hakkın kötüye

⁸² Madde 29:

1. Taraf Devletlerden her biri, bu Sözleşme'nin kendisi açısından yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak iki yıl içinde, Sözleşme'nin getirdiği yükümlülükleri yaşama geçirmek üzere aldığı önlemleri Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla bir rapor halinde Komite'ye sunacaktır.
2. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri bu raporu bütün Taraf Devletlere iletacaktır.
3. Komite her bir raporu değerlendirecek, uygun gördüğü yorumları, gözlemleri ve tavsiyeleri dile getirecektir. Yorum, gözlem ve tavsiyeler ilgili Taraf Devlete iletilecek, Taraf Devlet ise kendi girişimiyle veya Komite'nin talebi üzerine bunlara yanıt verecektir.
4. Komite ayrıca Taraf Devletlerden bu Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin ek bilgi talep edebilir.

⁸³ Madde 31: Bir Taraf Devlet, bu Sözleşme'nin onaylanması sırasında veya daha sonra, Komite'nin, kendi yargı alanında bulunup bu Sözleşme hükümlerinin aynı Taraf Devlet tarafından ihlalinden mağdur olduğunu ileri sürenlerden veya bunlar adına hareket edenlerden gelen başvuruları kabul etmeye ve değerlendirmeye yetkili olduğunu tanıyabilir. Komite, böyle bir tanımada bulunmamış Taraf Devletlerle ilgili olarak iletilen hiçbir başvuruyu kabul etmez.

kullanılmadığını tespit etmesi halinde Komite'nin o kişinin bulunması için harekete geçeceğini düzenlemektedir. Bazı devletler müzakereler sırasında, bu acil önlem mekanizmasının sadece iç hukukta böyle bir imkan bulunmaması halinde kullanılabilmesi gerektiği yönünde çekincelerini ifade etmişlerse de bunlar dikkate alınmamıştır.⁸⁴ Komite'nin bu önleyici yetkisi uluslararası bir *habeas corpus* güvencesi olarak adlandırılabilir.⁸⁵

Böyle bir durumda Komite ilgili devlete, kayıp kişinin korunması ve nerede olduğunun tespit edilmesi için tavsiyeler verebilir ve kayıp kişinin akıbeti belirlenene kadar Devletle işbirliği içinde çalışabilir. Bu prosedür sırasında başvuruda bulunan kişi veya kişilerin her aşamada araştırmanın seyri hakkında bilgi alma hakkı da mevcuttur.

Sözleşme Komite'ye, hakkında dikkate alınmaya değer duyumlar alması halinde üye devletlerin topraklarına haber vermeksizin ziyaretler gerçekleştirme yetkisini de tanımıştır.

Son olarak Sözleşme'nin 34. maddesi Komite'nin, bir taraf devlet toprakları içinde zorla kaybetmenin sistematik ya da yaygın bir şekilde uygulandığına dair temellendirilmiş emareler içeren bilgiler alması halinde, ilgili devlet nezdinde tüm bilgileri topladıktan sonra konuyu acil olarak BM Genel Kurulu'na taşıyabileceğini düzenlemiştir. Böylece Komite'nin kitlesel insan hakları ihlalleri ve insanlığa karşı suçlarla ilgili BM'nin en yetkili siyasi organıyla doğrudan ve acil olarak işbirliği yapabileceği de kabul edilmiştir. Bu hükmün getirilmiş olması ve insanlığa karşı suçların da madde metninde açıkça sayılmış olması, bilhassa Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletler açısından önemli bir bağlayıcılık taşımaktadır.⁸⁶

Nihayet Sözleşme'nin 35. maddesinde, Komite'nin bu yetkilerinin Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonraki kayıp olaylarına uygulanacağı düzenlenerek Sözleşme'nin zamansal olarak geriye yürümeyeceği açıkça belirtilmiştir. Arjantin, Şili, İtalya gibi ülkeler suçun sürekli niteliğine vurgu yaparak bu hükmün, tazminat hakkı, gerçeğe ulaşma hakkı ve çocukların kaybedilmesine ilişkin düzenlemeler açısından, Sözleşme'nin kabul edilmesinden önce kaybedilmiş, fakat akıbetlerinden hala haber alınamamış kayıplar bakımından ileriye dönük bir etkiyle ele alınması gerektiğini vurgulamışlardır.⁸⁷

⁸⁴ Scovazzi- Citroni, *op. cit.*, s. 395.

⁸⁵ C. Callajo, *art. cit.*, s. 356.

⁸⁶ *Ibid.*, s. 357.

⁸⁷ E/CN.4/2006/57.

Sonuç:

Kişileri zorla kaybetme 2. Dünya Savaşı'ndan itibaren dünyanın her bölgesinde sistem muhaliflerini bastırmanın planlı bir yöntemi ve yaygın bir devlet terörü aracı olarak kullanılmıştır. Zorla kaybetmenin her zaman doğrudan devlet kuvvetleri tarafından değil, devletin destek, himaye ve yönlendirmesi altındaki güçler tarafından uygulandığı da bilinmektedir. Zorla kaybetme, uluslararası hukukta özellikle BM İnsan Hakları Komisyonu'nun çabalarıyla belirli bir tanıma kavuşmuş ise de, 21. yüzyılın başına kadar devletlere zorla kaybetmeyi cezalandırma yükümlülüğü getiren bir uluslararası metin kabul edilmemiştir. Bölgesel düzeyde zorla kaybetmeyi soruşturma, önleme ve sorumlularını cezalandırma hususunda devletlere yükümlülük getiren tek sözleşme Amerikan Zorla Kaybetmenin Önlenmesi Sözleşmesi'(OAS)'dir. Amerikalıların İnsan Hakları Mahkemesi bu sözleşme temelinde çok etkili bir yargılama faaliyeti yürütmüş ve zorla kaybetme suçunun unsurlarını, faillerini ve devletlerin sorumluluğunu ortaya koymak bakımında ciddi bir metodoloji oluşturmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de özellikle Türkiye'yle ilgili verdiği kararlarda zorla kaybetme olgusunu değerlendirmiş; fakat Sözleşme'de zorla kaybedilmeden korunma hakkı açıkça düzenlenmediği için, devletin kayıplardan dolayı sorumluluğunu mevcut haklar çerçevesinde, yaşam hakkı, işkence yasağı, kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkı kapsamında tartışmıştır. Zorla kaybetme Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'nde de insanlığa karşı suçlar arasında düzenlenmiştir.

Kayıplarla evrensel düzeyde mücadele imkanlarının yokluğunda, BM Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu'nun ve özellikle Latin Amerika kayıp yakınları derneklerinin çabaları sayesinde 20 Aralık 2006 tarihinde Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme kabul edilmiştir. Sözleşme zorla kaybetmeyi tanımlamakta ve ilk kez devletleri bağlayıcı hukuki yükümlülükler getirmektedir. Öte yandan umut verici bir biçimde, kaybedilen kişilerin ve yakınlarının haklarını kapsamlı bir şekilde düzenlemekte ve güvenceye almaktadır. "*Hakikat hakkı*"nın Sözleşme'yle tanınması, kayıp yakınlarının yaşadıkları umutsuz ve belirsiz bekleyişi sona erdirme imkanı taşımaktadır. Sözleşme'nin getirdiği bir diğer önemli koruma, BM nezdinde kayıpları araştırmak, soruşturmak ve devlet faaliyetlerini denetlemekle görevli bağımsız bir komitenin oluşturulmuş olmasıdır. Bu komitenin yarı-yargısal yetkilerle ve, yapılan başvurular üzerine, acil durumlarda kayıp olayını yerinde soruşturma ve devletlerden hesap sorma yetkisiyle donatılmış olması umut vaat edicidir.

Zorla kaybetmenin neredeyse evrensel bir devlet terörü olarak yüz binlerce insanı ve yakınını hedef aldığı; belirsizliğin yarattığı sonsuz, umutsuz bekleyişin acıları daha da koyulaştırdığı bir dünyada, kayıplarla hukuki ve vicdani bir hesaplaşmayı gerçekleştirebilmek insanlık için kaçınılmazdır. Uluslararası çabaların yanı sıra ulusal düzeyde de hakikat komisyonlarının kurulması, toplu mezarların insan onuruna yakışır bir biçimde açılması, naaşların kimlikleri tespit edilerek yakınlarına teslim edilmesi ve nihayet sorumluların yargılanmaya başlanması devletin kayıplarla hesaplaşması ve toplumsal barışın yeniden kurulması için atılması gereken zorunlu adımlardır. BM Kayıplar Sözleşmesi devletleri geçmişe yönelik bu adımları atmaya zorlayacak hukuki gücü taşımasa da, en azından gelecekte zorla kaybetme utancını yeryüzünden silme çabasına önemli katkılar sunacaktır.