

ZORLA

KAYBETMELER

HAKKINDA

AMICUS CURIAE

RAPORU

EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS

HAKİKAT ADALET HAFIZA MERKEZİ

HELSİNKİ YURTTAŞLAR DERNEĞİ

İNSAN HAKLARI DERNEĞİ

İNSAN HAKLARI ARAŞTIRMALARI DERNEĞİ

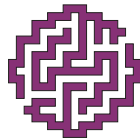
TÜRKİYE EKONOMİK VE SOSYAL ETÜDLER VAKFI

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VAKFI

HAKİKAT ADALET HAFIZA MERKEZİ



ZORLA KAYBETMELER
HAKKINDA
AMICUS CURIAE
RAPORU



HAKİKAT ADALET HAFIZA MERKEZİ
Tütün Deposu
Lüleci Hendek Caddesi 12
Tophane 34425 İstanbul/Türkiye
+90 212 243 32 27
info@hakikatadalethafiza.org
www.hakikatadalethafiza.org

YAZARLAR

European Center for Constitutional and Human Rights (Anayasal Haklar ve İnsan Hakları için Avrupa Merkezi), Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, Helsinki Yurttaşlar Derneği, İnsan Hakları Derneği, İnsan Hakları Araştırma Derneği, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı, Türkiye İnsan Hakları Vakfı

YAYIMA HAZIRLAYAN

Murat Çelikkan

SON OKUMA

Nazım Dikbaş

TASARIM

BEK

BASKI

Sena Ofset Ltd. Şti.
Maltepe Mahallesi Litros Yolu Sk. 2. Matbaacılar Sit.
B Blok K:6 4 NB 7-9-11 Topkapı - Zeytinburnu - İst.
T +90 212 613 38 46 Sertifika No: 12064
www.senaofset.com.tr

HAKİKAT, ADALET VE HAFIZA ÇALIŞMALARI
DERNEĞİ YAYINLARI
ISBN: 978-605-83814-0-7



Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, bu raporun yayımlanmasına ve rapora esas teşkil eden araştırmaların yapılmasına maddi ve ayni katkılarından ötürü Açık Toplum Vakfı, Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu Demokrasi ve İnsan Hakları için Avrupa Aracı, Chrest Vakfı, Mott Vakfı ve Oak Vakfı'na teşekkür eder.



Bu yayın Avrupa Birliği'nin finansal desteği ile yayımlanmıştır. Yayının içeriğinin sorumluluğu tamamen Hakikat Adalet Hafıza Merkezi'ne aittir ve hiçbir şekilde Avrupa Birliği'nin görüşlerini yansıtmaz.

**ZORLA KAYBETMELER
HAKKINDA
AMICUS CURIAE
RAPORU**

HAKİKAT ADALET HAFIZA MERKEZİ



*Yaşamını kaybedilenlerin,
keyfi infazların,
katliamların faillerinin
yargılanması ve
cezalandırılmasına adayan,
Türkiye'de cezasızlıkla
mücadele denince
ilk akla gelen isimlerden olan
dostumuz, yol arkadaşımız,
rehberimiz TAHİR ELÇİ
anısına....*

T.C. ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞI'NA

BAŞVURU KONUSU

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na yapılmış bulunan 2013/2640 numaralı bireysel başvuru dosyasına *amicus curiae* sıfatıyla hukuki mütalaa sunulması hakkında.

AMICUS CURIAE SIFATIYLA MÜTALAA SUNAN İLGİLİ KURUMLAR

European Center for Constitutional and Human Rights
(Anayasal Haklar ve İnsan Hakları için Avrupa Merkezi)
Hakikat Adalet Hafıza Merkezi
Helsinki Yurttaşlar Derneği
İnsan Hakları Derneği
İnsan Hakları Araştırmaları Derneği
İnsan Hakları Gündemi Derneği
Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı
Türkiye İnsan Hakları Vakfı

KAMU GÜCÜ TARAFINDAN İHLAL EDİLEN HAKLAR

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 3, 17 ve 19. maddeleri;
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2, 3, 5 ve 13. maddeleri;
Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 2,
6, 7, 9. maddeleri; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin
3, 5 ve 8. maddeleri [Yaşam Hakkı, İhlal Karşısında Etkili
Başvuru Hakkı, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı ve İşkence
ve Kötü Muameleden Korunma Hakkı]

BİREYSEL BAŞVURU SAHİBİ

Birsen Gülünay

VEKİLİ

Av. Gül Altay

İÇİNDEKİLER

- 8 SUNUŞ**
- 12 GİRİŞ**
- 16 OLAY**
- 18 ZORLA KAYBETME SUÇU (THE CRIME OF ENFORCED DISAPPEARANCE)**
- 20 DEVLETİN SORUMLULUKLARI**
- 22 İNSAN HAKLARI KURULUŞLARININ İHLAL TESPİTLERİ**
- 25 ZORLA KAYBETME SUÇU VE YARGININ TUTUMU**
- 29 ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUK İŞİĞİNDE ZORLA KAYBETME SUÇUYLA İLGİLİ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI**
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Dayanak Yapılan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları
- 39 ZORLA KAYBETME SUÇU VE HAKİKATİ BİLME HAKKI (RIGHT TO TRUTH)**
Latin Amerika Deneyimi ve Hakikati
Bilme Hakkı
- 46 İNSANLIĞA KARŞI SUÇ BAĞLAMINDA ZORLA KAYBETMELER**
Zamanaşımı İşlemeyeceği Kuralı
- Latin Amerika Yargılamalarında İnsanlığa Karşı Suçlar Kavramı ve Zamanaşımı İşletilemeyeceği Kuralı
- Latin Amerika Yargılamalarında İnsanlığa Karşı Bir Suç Olarak Zorla Kaybetme Suçu ve Devam Eden (Kesintisiz) Bir Suç Olarak Kaçırma ve Alıkoyma (Hürriyeti Tahdit) Suçu
- 57 SONUÇ**
- 60 EK-1 EFRAİN BÁMACA VELÁSQUEZ/ GUATEMALA DAVASI'NDA ULUSLARARASI HUKUKÇULAR KOMİSYONU TARAFINDAN AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NE SUNULAN AMICUS CURIAE**
- 81 EK-2 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ZORLA YA DA İRADE DIŞI KAYBETMELER HAKKINDA ÇALIŞMA GRUBU GÖZALTINDA KAYBIN TANIMIYLA İLGİLİ GENEL GÖRÜŞ**
- 85 EK-3 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ZORLA YA DA İRADE DIŞI KAYBETMELER HAKKINDA ÇALIŞMA GRUBU GÖZALTINDA KAYIPLARLA İLGİLİ GERÇEĞE ULAŞMA HAKKI ÜZERİNE GENEL GÖRÜŞ**
- 91 EK-4 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ZORLA YA DA İRADE DIŞI KAYBETMELER HAKKINDA ÇALIŞMA GRUBU SÜREKLİLİK TAŞIYAN BİR SUÇ OLARAK GÖZALTINDA KAYIPLARLA İLGİLİ GENEL GÖRÜŞ**
- 94 EK-5 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ZORLA YA DA İRADE DIŞI KAYBETMELER HAKKINDA ÇALIŞMA GRUBU İNSANLIĞA KARŞI İŞLENMİŞ BİR SUÇ OLARAK GÖZALTINDA KAYIPLAR**

SUNUŞ

Bilindiği üzere hukuk alanında adalet bir kadın figürüyle sembolize ediliyor. Dike veya Themis veya bu Grek tanrıçalarının Roma Karşılığı Iustitia. Zorla kaybedilenler için adalet arayışında olanlar da - kendileri öyle adlandırmasa da - kamuoyunca Cumartesi Anneleri olarak adlandırılıyor.

Gözleri bir kuşakla kapatılmış olan adalet tanrıçası, sağ elinde bir kılıç, sol elinde de bir terazi taşır. Göz bandı adaletin kişilerin toplumsal konumunu, siyasi gücünü ve maddi zenginliğini göz önünde bulundurmaması, herkese eşit davranması gerektiğini; terazi suçlanan ve suçlayanın iddialarını kusursuz bir şekilde tartacağını simgeler. Kılıç ise aklın ve adaletin kararlaştıracağı cezanın keskinliğini ve gücünü.

Bu iki kadın, adalet tanrıçası ve Cumartesi Anneleri Türkiye'de bugüne kadar hiç bir araya gelemedi. Zorla kaybedilenlerin yakınları adaletin bu üç ögesinden de bugüne kadar yararlanamadı. Türkiye'de yerel mahkemelerde insanları zorla kaybederek insanlığa karşı suç işleyenlerin hiç biri ne yazık ki bu suçtan hüküm giymedi.

Türkiye'de bir siyasal strateji olarak uygulanan zorla kaybetmelere karşı çok yönlü mücadeleyi bugüne dek zorla kaybedilenlerin yakınları, hak örgütleri ve bir avuç avukat yürüttü. Zorla kaybedilenlerin yakınları ortalama 20 yıl süren soruşturmalarda oradan oraya sürüklendi, olağanüstü baskılara rağmen failer aleyhine yine de ifade verdi. Mahkemelerde onlara suçlu gibi davranıldı, kriminalize edildiler ama vazgeçmediler. Bu uzun mücadelede bazıları hayatını kaybetti, çocukları hatta bazen torunları nöbeti devraldı ama adalet tanrıçası bu davalarda bugüne kadar hiç mi hiç görünmedi, tarafsız ve adil de olmadı.

Türkiye'de hukukun üstünlüğü yok. Tarafsızlığı da. Suçu işleyen devlet görevlisi olduğunda ceza da söz konusu değil.

Cezasızlık zırhına karşı adalet ve hukuk mücadelesi yine de sürüyor.

Elinizde tuttuğunuz kitapçık tam da bu mücadelenin ürünlerinden biri.

Bu kitapçık, Anayasa Mahkemesi'nin incelemekte olduğu Hasan Gülünay dosyası için sekiz sivil toplum kuruluşunun ortak imzasıyla Mahkeme'ye sunulan *amicus curiae* mütalaasını içeriyor.

1963 yılında Erzincan Kemah'ta doğan 4 çocuk babası Hasan Gülünay 20 Temmuz 1992'de Tarabya'daki evinden işe gitmek üzere ayrıldı ve bir daha dönmedi. Ailesi, kaybedilmesinin hemen ardından başvurular, protestolar, açlık grevleri, suç duyuruları yaptı. Emniyet Müdürlüğü zımnen gözaltında olduğunu doğruladı ama , tanıklıklara ve alınan bilgilere rağmen Hasan Gülünay'ın ne akıbeti belirlenebildi ne de bedeni bulundu. Davası zamanaşımına uğratıldı. Yakınları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yapabilmeyen ön ve zorunlu bir aşaması olarak 8 Nisan 2013'te Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu. Gülünay kaybedildikten 21 yıl sonra hakikat ve adalet arayışları hala sürüyor.

Anayasa Mahkemesi'ne sunulan ve European Center for Constitutional and Human Rights (Anayasal Haklar ve İnsan Hakları için Avrupa Merkezi), Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı, Türkiye İnsan Hakları Vakfı ve İnsan Hakları Ortak Platformu bileşenlerinden İnsan Hakları Derneği, İnsan Hakları Gündemi Derneği, İnsan Hakları Araştırmaları Derneği ve Helsinki Yurttaşlar Derneği'nin ortak olarak imzaladıkları elinizdeki metin bu hukuksal mücadelenin bir parçası.

Amicus curiae (Latince'de 'mahkemenin dostu'), inceleme konusuna ilişkin olarak hukuk ya da gerçeğe ilgili bilgi vermek ya da tavsiyede bulunmak suretiyle mahkemeye yardımcı olan kişi ya da kuruluş anlamına geliyor. Mütalaa sunan üçüncü taraf/lar davada taraf olmadığından, davanın sonucundan doğrudan çıkarı olan ve bu nedenle duruşmaya katılmasına izin verilen müdahilden farklı bir pozisyonu temsil ediyor. *Amicus curiae* mütalaa ile mahkemeyi daha geniş, daha kapsamlı ve daha doğru bir yasal çerçevede karar vermeye teşvik etmek, alternatif hukuki argümanlar sunarak içtihat geliştirmek amaçlanıyor.

Amicus curiae sıfatıyla verilen mütalaaların değerlendirilmesi bazı ulusal mahkemelerin yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Mahkemesi gibi uluslararası mahkemelerde yerleşik bir uygulama.

Sivil toplum örgütlerinin *amicus curiae* sıfatıyla sunduğu bu mütalaa metninde zorla kaybetme, yasadışı keyfi infaz gibi ağır insan hakları ihlallerinin insanlığa karşı suç olarak değerlendirilmesi için gerekçeler ortaya konuyor. Bu suçun zaman aşımına uğramaması ve faillerinin af kapsamı dışında olması gerekliliği dünya örnekleri ve maddi kanıtlarla desteklenerek talep ediliyor. Böylece 90'lı yıllarda işlenen ve her biri mahkemelerce zaman aşımına uğratılmak üzere raflarda bekleyen zorla kaybedilenlerin davaları için yeni bir aşama, yeni bir umut ve adaletin tesisi hedefleniyor.

Anayasa Mahkemesi bu metni yayına hazırladığımız günlerde, yani 2015 Kasım'ında - başvurudan 2 yıl sonra - henüz kararını açıklamamıştı.

Adalet tanrıçası, bu ülkede hala zorla kaybedilenlerin yakınları olan hemcinslerinin yanına uğramadı. Gözündeki bandı yanlış yorumladığından olsa gerek. Özetle adaletin körlüğünü Anayasa Mahkemesi kararının aydınlatacağını umut ediyoruz.

Bu metnin savunduğu ve dünyada uygulanan argümanlar yönünde verilecek bir karar, on yıllardır adalet bekleyen kaybedilenlerin yakınları için bir ışık olacak.

Zorla kaybedilme davalarının önemli bir kısmının yeniden görülmesinin yolunu açabilecek, emsal teşkil edecek.

Bekliyoruz!

Hakikat Adalet Hafıza Merkezi

GİRİŞ

1. *Amicus curiae*¹ sıfatıyla işbu hukuki mütalaayı sunan aşağıdaki imzacı kuruluşlar Hasan Gülünay'ın zorla kaybedilmesi iddiası ile ilgili 2013/2640 numaralı bireysel başvuru dosyasına, uluslararası insan hakları hukuku, insani hukuk, ceza hukuku doktrini ve içtihatları ışığında suçun niteliği, mağdur ve mağdur yakınlarının hakları konusunda değerlendirmelerde bulunma fırsatı sunduğu için Sayın Mahkeme'ye teşekkürlerini sunarlar.

2. İmzacı kuruluşlar, her ne kadar Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde üçüncü taraf olarak görüş sunulmasına dair bir usul düzenlenmemiş de olsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nün 44/3(a) maddesine eklenen;

"Bir başvuru, İçtüzüğün 51/1 veya 54/2(b) maddeleri uyarınca davalı Sözleşmeci Tarafa bildirildikten sonra, Daire Başkanı, Sözleşme'nin 36/2. maddesinde öngörüldüğü şekilde adaletin uygun şekilde yönetilmesi amacıyla, yargılamaya taraf olmayan bir Sözleşmeci Tarafı veya başvuran olmayan ilgili bir kimseyi, yazılı görüşlerini sunmaya veya istisnai durumlarda duruşmada yer almaya davet edebilir veya buna izin verebilir"

hükmüne dayanarak, *amicus curiae* sıfatıyla Sayın Mahkeme'ye hukuki görüşlerini sunarak insan haklarının ve temel özgürlüklerin tam olarak ve en etkili şekilde korunması hedefine katkıda bulunmayı amaçlamaktadırlar.

3. Hakikat Adalet Hafıza Merkezi (HAH), İstanbul merkezli bir insan hakları kuruluşudur. Geçmişte yaşanan ağır insan hakları ihlallerine ilişkin gerçekleri ortaya çıkarmayı, belgelemeyi, bu ihاللer ile ilgili toplumsal hafızayı güçlendirmeyi

1 Latince bir hukuk terimi olan *amicus curiae* kelimesinin tam anlamıyla 'mahkemenin arkadaşı' anlamına gelmektedir. *Amicus curiae* davanın tarafı olmayan, sadece mahkemeye herhangi bir dava hakkında bilgi vererek davanın karara bağlanma sürecine yardımcı olan, ancak davalı ya da davacıyla herhangi bir bağı olmadığı için tarafsızlığına güvenilen kişidir.

ve mağdurları, adalet arayışlarında desteklemeyi amaçlayan bir sivil toplum örgütüdür.²

4. Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV), toplumun karşı karşıya bulunduğu sorunlara çözüm seçenekleri oluşturmak hedefiyle araştırmalar yürüten, bilimsel metotlara dayanan bu araştırmalarla akademik alan ile politik kararlar arasında bağlantı kurmayı amaçlayan, bu doğrultuda çözüm seçenekleri üretmek Türkiye'nin birikmiş sorunlarının aşılmasına ve en nihayetinde demokratikleşmesine katkıda bulunmayı hedefleyen bir düşünce kuruluşudur.

5. Türkiye İnsan Hakları Vakfı (TİHV), İnsan Hakları Derneği ve otuz iki insan hakları savunucusu aydın tarafından 1990 yılında Türk Medeni Yasası'na göre kurulmuş, hükümet dışı ve bağımsız bir kuruluştur. Statüsü 30 Aralık 1990 tarihli ve 20741 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. TİHV, işkence ve diğer ağır insan hakları ihlallerine maruz kalan kişilerin tıbbi ve yasal olarak onarım süreçlerinde doğrudan görev üstlenir. Devlet tarafından gerçekleştirilen zorla kaybetme suçları gibi ağır insan hakları ihlallerine karşı mücadele eder; bu ağır ihlali gerçekleştiren faillele hesaplaşılması, bu ihاللerin önlenmesi ve bu ihاللere maruz kalan geride kalan kişilerin fiziksel, sosyal, ruhsal iyilik hallerinin sağlanması için çaba gösterir.

6. İnsan Hakları Derneği (İHD), genel merkezi Ankara'da bulunan, hükümet dışı, gönüllü bir insan hakları kuruluşudur. Devletlerden, hükümetlerden ve siyasi partilerden bağımsız bir örgüttür ve insan haklarının evrenselliğini ve bölünmezliğini savunmaktadır. İHD, kurulduğu 1986 tarihinden beri Türkiye'de yaşam hakkı ihاللalarının giderilmesine dönük etkili bir sivil ve demokratik mücadele yürütmektedir. İrk, etnik köken, dil, din ve mezhep, dinsel inanç ve inanç, renk, cinsiyet, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği, siyasi ve felsefi görüş vb. ayırt etmeksizin, temel

2 İşbu 57 sayfadaki oluşun *amicus curiae* hukuki mütalaası imzacı kurumların işbirliği ile Hakikat Adalet Hafıza Merkezi tarafından hazırlanmış olup orijinal dili Türkçe'dir.

insan hakları ve özgürlüklerinin savunucusu olan İHD, Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın (TİHV) ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu'nun (UCMK) kurucusu, İnsan Hakları Ortak Platformu'nun (İHOP) kurucu üyesi, Uluslararası İnsan Hakları Federasyonu'nun (FIDH) ve Avrupa-Akdeniz İnsan Hakları Ağı'nın (EMHRN) üyesidir.³

7. İnsan Hakları Gündemi Derneği (İHG) ulusal ve uluslararası alanda faaliyet göstermek üzere, Türkiye'nin değişik bölgelerinden gelen insan hakları savunucularının katılımı ile 2003 yılında İzmir'de kurulmuştur. İnsan haklarının her türlü siyasi ideoloji ve dünya görüşünün üzerinde bir değer olduğunu kabul eden İHG, hakların ilettilmesinin ancak sorunların kaynağına ilişkin gerçek bir kavrayışın geliştirilmesi ve somut çözüm önerilerinin uygun taktik ve stratejiler kullanılarak hayata geçirilmesiyle mümkün olabileceğine inanmakta ve bağımsız ve tarafsız duruşuyla kamu vicdanını hak ihlallerine duyarlı kılacak, toplumun örnek alabileceği bir model oluşturmayı amaçlamaktadır.

3 İnsan Hakları Derneği, gözetiminde kayıpların akıbetinin öğrenilmesi ve sorumluların yargı önüne çıkarılması amacı ile 27 Mayıs 1995 tarihinden bu yana İstanbul Taksim İstiklal Caddesi Galatasaray Lisesi önünde kayıpların anneleri ile birlikte oturma eylemleri yapmaktadır. Oturma eylemleri 200. Haftaya geldiğinde bu eylemlere ara verilmiş, Şubat 2009 ile birlikte oturma eylemleri yeniden sürdürülmüştür. Oturma eylemleri halen İstanbul'un yanı sıra Diyarbakır, Batman, Şırnak, Şanlıurfa, Mardin illerinde düzenli olarak sürdürülmektedir. İnsan Hakları Derneği'nin 1990 yılında kurmuş olduğu Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın işkence dosyası isimli kitabının 79. sayfasında Hasan Gülünay 18. sırada yer almakta olup, 20 Temmuz 1992 tarihinde İstanbul'da gözetiminde kaybedildiği belirtilmektedir. TİHV'in bu yayını Mart 1996 yılında çıkarılmış olup, bu kitap 12 Eylül askeri darbecilerinin yargılandığı Ankara 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2014/137 E, 2014/131 K sayılı ve 18.06.2014 tarihli karar gerekçesinde deliller arasında sayılmıştır. İHD verilerine göre yaklaşık 940 kişi gözetiminde kaybedilmiş olup, bu kişilerin isimleri ve olay yerleri BM Kayıplar Çalışma Grubu'na düzenli olarak bildirilmiştir. Kayıpların akıbetinin araştırılması sırasında bugüne kadar 250 civarında toplu mezar da tespit edilmiştir. İHD Türkiye'deki toplu mezarların BM Minnesota Protokolü ve Kızılhaç'ın ilgili rehber ilkeleri uyarınca açılması ile ilgili çalışmalarını sürdürmektedir.

8. Helsinki Yurttaşlar Derneği (hYd), temel hak ve özgürlükler, barış, demokrasi, çoğulculuk alanlarında çalışmalar yapan bir sivil toplum kuruluşudur. Siyasi partiler, hükümet ve devletlerden bağımsız olarak çalışan hYd uluslararası sözleşmelerle belirlenen barış, insan hakları, çevreyi tahrip etmeyen bir ekonomi, demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi evrensel değerlerin hayata geçirilmesini ve sivil tabanda yaygınlaştırılmasını hedefler. Çoğulcu demokratik yapıların ve sivil toplum inisiyatiflerinin geliştirilmesini amaçlayan hYd'nin temel çalışma ilkesi, sorunların karşılıklı anlayış ve diyalog yoluyla çözümüdür.

9. İnsan Hakları Araştırmaları Derneği (İHAD), aralarında hukukçular, akademisyenler ve insan hakları aktivistlerinin yer aldığı bir grup tarafından 2006 yılında Ankara'da kurulmuştur. İHAD, devletlerden, hükümetlerden, siyasi ve ideolojik gruplardan bağımsız bir insan hakları hareketi olarak, insan haklarının çeşitli alanlarında araştırma, izleme, raporlama, yayın faaliyetleri ve projeler yürütmektedir. Vizyonu, hukuk, özgürlük ve adaletin herkes için geçerli olduğu bir dünya olan İHAD, insani değerlerin korunması ve geliştirilmesi için araştırma, izleme, raporlama ve eğitim yöntemlerini kullanarak çalışmaktadır.

10. European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR, Anayasal Haklar ve İnsan Hakları için Avrupa Merkezi) Berlin, Almanya merkezli, bağımsız, kar amacı gütmeyen bir tüzel kuruluştur. ECCHR stratejik dava açma yoluyla, devlet içi ve devlet dışı aktörleri ağır insan hakları ihlallerinden sorumlu tutarak insan haklarını güçlendirmektedir. ECCHR insan hakları geliştirmek için tüm dünyada hukuki emsal teşkil etme olasılığı yüksek olan davalar üzerine yoğunlaşmaktadır. ECCHR Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de dahil olmak üzere, dünya çapında pek çok ulusal ve bölgesel mahkemede *amicus* veya üçüncü taraf sıfatıyla müdahil olarak yer almıştır.

11. Türkiye Cumhuriyeti Bakanlar Kurulu'nun 2014 yılında kabul ettiği "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı"nın sunuş kısmında, Türkiye'deki "temel hak

ve özgürlüklerin korunarak geliştirilmesi idealine gölge düşüren [mevcut] görünümün iyileştirilmesi, gerek yapısal gerekse uygulamadan kaynaklanan sorunların giderilmesi" başlıca amaç olarak belirlenmiştir.⁴ Temel hak ve özgürlüklerin ve hukukun üstünlüğünün tam olarak korunabilmesi için geçmişte yaşanan ağır insan hakları ihlallerinde "cezasızlık"la mücadele vazgeçilmez bir rol oynamaktadır. Bu bakımdan, cezasızlık sorununun yargısal alandaki tezahürünü, devletlerin uluslararası sorumluluklarını da dikkate alarak değerlendirmek son derece önemlidir. Sunulan hukuki mütalaa ile genel olarak ağır insan hakları ihlallerinin ve özel olarak zorla kaybetme suçu faillerinin yargılanması/ cezalandırılması sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin sahip olduğu yükümlülüklerin Anayasa, uluslararası sözleşmeler, insan hakları organları ve mekanizmaları tarafından oluşturulan içtihat ve hukuk doktrini ışığında tanımlanması amaçlanmaktadır.

Her biri cezasızlıkla mücadele konusunda önemli çalışmalarda bulunan imzacı kuruluşların 2013/2640 numaralı başvuru hakkında hukuksal görüş bildirme istemi, ilgili alandaki birikimlerinin Sayın Mahkeme tarafından değerlendirilmesi ve bireysel başvuru konusu ihtilafa içkin hukuksal sorunlar hakkında yeni bir içtihat yaratılmasına katkı sunma arzusundan kaynaklanmaktadır.

12. İmzacı kurumlar, herhangi bir soruşturma dosyasının, başvuru konusu iddia karşısında hakikatin ortaya çıkarılmasını sağlayacak nitelikte etkili bir soruşturma yapılmaksızın uzun sürelerle bekletilmesinin ve zamaşımı nedeniyle takipsizlik kararı verilmesi halinin devletin Anayasal ve uluslararası sözleşmesel yükümlülüklerinin ihlalini oluşturduğu kanısındadırlar.

İmzacı kuruluşlar bu nedenle zorla kaybetme suçu/niteliği, devletin konuyla ilgili pozitif/negatif yükümlülükleri, idari pratik hakkındaki arka plan bilgisi, yargı organlarının tutumu, Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin bağlantılı kararlarını Yüksek Mahkeme'nin dikkatine sunmayı, devam eden suç, insanlığa karşı suçlar ve hakikati bilme hakkı bağlamında zamaşımı tartışmasına ışık tutmayı hedeflemişlerdir. Sayın Mahkeme'nin başvurunun esası hakkında karara varırken, işbu mütalaa da açıklanan zorla kaybetme suçuna dair doktrin ve içtihatları göz önünde bulundurması Anayasa'nın yanı sıra ulusal ve uluslararası sözleşmelerde tanımlı yurttaş hak ve özgürlüklerinin güvencelemesi bakımından son derece önemlidir.

⁴ Resmi Gazete, Sayı: 28928, 1 Mart 2014, Karar Sayısı: 2014/5984, Eklî "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı"nın kabulü.

OLAY

13. Başvuru konusu Yüksek Mahkeme'nin nezdinde 2013/2640 esas numarası ile incelemesi devam etmekte olan bireysel başvuru dosyasına *amicus curiae* sıfatıyla hukuki mütalaa sunulması hakkındadır.

14. Başvuru sahibi Birsen Gülünay, eşi Hasan Gülünay'ın 20.07.1992 tarihinde İstanbul'da sivil polisler tarafından gözaltına alındığını, bu tarihten sonra kendisinden hiçbir haber alınmadığını, eşinin gözaltında öldürülüp kaybedildiğini ve hakikatin gizlendiğini iddia etmektedir.

15. Başvurucu, eşi Hasan Gülünay'ı İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nde gözaltında iken gören tanıklar bulunduğunu (Erol Çam), ayrıca İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nde Özel Harekat Timi polis memuru olarak çalışan Ayhan Çarkın'ın olayla ilgili bilgisi olduğunun kamuoyuna ve basına yansıdığını, uzun yıllar boyunca Savcılık ve TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu dâhil birçok makama defalarca başvuruda bulunulduğunu, devlet yetkililerinin gözaltı işlemini reddettiğini, yargı makamlarının da olayla ilgili delilleri toplamaksızın, tanıkları dinlemeksizin ve etkili soruşturma yapmaksızın takipsizlik kararı verdiğini, gerçekte eşinin gözaltında öldürülüp kaybedildiğini ve hakikatin gizlendiğini belirtmektedir.

16. İstanbul Cumhuriyet Savcılığı'nın konuyla ilgili yapılan son şikayet başvurusu üzerine suç soruşturmasının 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 449. ve 102/1. maddeleri uyarınca 20 yıllık zamanaşımına tabi olduğu, bu süreyi kesen veya durduran herhangi bir işlem veya eylemin meydana gelmediğini belirterek, takipsizlik kararı verdiği (2012/56232 soruşturma numaralı dosyada 31.10.2012 tarihli karar), başvurucu mağdur tarafından bir üst mahkemeye yapılan itirazın da reddedildiği ve hakikatin ortaya çıkarılabilmesi bakımından Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapıldığı anlaşılmaktadır.

ZORLA KAYBETME SUÇU

(THE CRIME OF ENFORCED

DISAPPEARANCE)

17. Türkiye'de siyasal literatüre "göztaltında kaybetme" olarak girmiş bulunan suç uluslararası hukukta "zorla kaybetme" olarak adlandırılmaktadır.⁵

18. Zorla kaybetme ilk kez İkinci Dünya Savaşı sırasında Naziler tarafından bir savaş stratejisi olarak uygulanmış, ardından 70'li yıllarda Latin Amerika kıtasındaki diktatörlükler ve askeri rejimler tarafından on binlerce insanın yok edildiği yaygın bir idari pratik olarak tezahür etmiştir.⁶

19. Zorla kaybetmelerin birçok ülke tarafından geniş bir coğrafyada ve son derece yaygın bir idari pratik olarak kullanılması uluslararası toplumu ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nu önem almaya yöneltmiştir. 1980 yılında önce Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu⁷ oluşturulmuş, takip eden yıllarda Çalışma Grubu'nun etkisi ve Latin Amerikalı sivil toplum kuruluşlarının uzun yıllar verdiği mücadelenin sonucu 2006 yılında Birleşmiş Milletler Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Sözleşme⁸ kabul edilmiştir.

⁵ Gökçen Alpkaya, "Kayıplar Sorunu ve Türkiye", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, c.50, sy.3-4, 1995, s. 40 – 41.

⁶ A.g.e. 1995: 34 – 35.

⁷ Kuruluşundan 2013'e kadar yaklaşık 54 bin vakanın iletildiği Çalışma Grubu'nun bu süre boyunca Türkiye'deki zorla kaybetmelere ilişkin 182 vakayı hükümete iletmişti, bunlardan 60'ının hala açık dosya niteliğinde olduğu, 84 ülkeden toplam açık dosya sayısının ise 43 bin olduğu belirtiliyor: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.45_Eng-lish.pdf. Çalışma Grubu'nun 1998'de yaptığı Türkiye ziyareti için: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/053/03/PDF/G9805303.pdf?OpenElement>, aktaran Gökçen Alpkaya, "Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler", *Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu* içinde, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi Yayınları, İstanbul, 2011, s.46.

⁸ Birleşmiş Milletler Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme, 20.12.2006, E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/Rev.4. 2014 yılı itibarıyla bu

19.1. Birleşmiş Milletler Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Sözleşme zorla kaybetme suçunu;

"[...] kişilerin, devlet adına görev yapan veya devletin yetkilendirmesi, desteği ve bilgisiyle hareket eden kişiler veya gruplar tarafından tutuklanması, göztaltına alınması, kaçırılması veya başka herhangi bir biçimde özgürlüklerinden yoksun bırakılması; ardından söz konusu kişilerin kendi fiillerini reddetmeleri veya kaybolan kişinin nerede ve ne durumda olduğunu gizlemeleri ve sonuçta kayıp kişinin hukukun koruması dışında kalması durumu [...]"⁹ olarak tanımlamıştır.

19.2. Suçun tanımındaki özelliklere selektif bir şekilde bakıldığında;

(i) Eylem: kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma ve hukukun koruması dışına çıkarma ve ardından bunun reddi,

(ii) Fail: devlet görevlileri veya devletin yetkilendirmesi, desteği, göz yumması ile çalışan kişi veya kişi grupları,

(iii) Mağdurlar: zorla kaybedilen kişiler ve mağdur yakınları,

(iv) Süre: kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı anda başlayan ve tamamlanincaya, (yani devletin özgürlükten yoksun bırakmayı kabul etmesine ya da kişinin akibetine veya nerede olduğuna dair bilgi vermesine) kadar süren bir süreç olarak tezahür etmektedir.

Sözleşme'yi 93 devlet imzalamış ve 42 devlet Sözleşme'ye taraf olmuştur. Ancak Türkiye henüz Sözleşme'yi imzalamamıştır. Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için bkz. http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=404:bu-etuen-kiilerin-zorla-kaybedilmeden-korunmasna-dair-uluslararası-soe-zleme&catid=33:ceviriler&Itemid=114.

⁹ Birleşmiş Milletler Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme md.2.

DEVLETİN

SORUMLULUKLARI*

* Bu başlık Emel Ataktürk Sevimli tarafından kaleme alınan

"Zorla Kaybetmelerde Yargının Tutumu: Etkili, Hızlı ve Bağımsız

Soruşturma Yapmamak, Soruşturmaları Sürüncemede Tutmak,

Zamanaşımına Uğratmak" başlıklı makaleden yararlanılarak

hazırlanmıştır. Bkz. *Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu*, Hakikat

Adalet Hafıza Merkezi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 15-43.

20. Kavramsal olarak temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından devletin “yapmamak” zorunda olduğu müdahaleler **negatif yükümlülükleri**, bu hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde kullanılması için “yapmak zorunda olduğu” müdahaleler **pozitif yükümlülükleri** işaret eder.

21. Yaşam hakkı, ulusal ve uluslararası hukukta tanımlandığı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi teorik bir hak olmayıp varoluşumuza bağlı olarak tezahür eden “gerçek” bir haktır. Devlet, bu hakka saygı duymak, bireyi kaybetmemek, öldürmemek, bireyin hayatını ölüme sonuçlanan saldırılardan korumaya yönelik önlemleri almak, korumayı temin edememiş ise etkili, hızlı ve bağımsız soruşturma yaparak, kaybolmanın veya ölümün şartlarını dikkatli bir şekilde soruşturmak, sorumluları saptamak ve cezalandırılmasını sağlamakla yükümlüdür.

22. Devlet adına savcılık makamı, ceza yargılamasına ilişkin usul hükümleri gereği, bir kişinin prosedüre uygun verilmiş bir gözaltı veya tutuklama kararı olmaksızın özgürlüğünden mahrum bırakıldığını, alıkonulduğunu, kaçırıldığını, gözaltında tutulduğunu veya yaşamının tehdit altında olduğunu öğrenir öğrenmez derhal duruma müdahale etmek, suç soruşturmak, şüphelileri tespit etmek, bulmak, sorgulamak, mağdurun güvenliğini temin etmek durumundadır.¹⁰

23. Devlet, bireylerin keyfi olarak gözaltında tutulma, kaybolma ve öldürülme riskini minimuma indirmek, yargısal denetimi sağlamak ve hakların ihlali halinde sorumluların tespiti ve cezalandırılmasının temini bakımından gözaltı kayıtlarının usulüne uygun tutulmasını sağlamak pozitif yükümlülüğü altındadır.

10 Mahmut Kaya/Türkiye, bkz. İlkem Altıntaş “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Perspektifinden Zorla Kaybetme Davaları”, *Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu* içinde, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 108.

24. Gözaltı kayıtlarının şüphelinin kimliğini, gözaltına alınış/bırakılış tarihini, saatini, gözaltında tutulduğu yeri, gözaltı sebebinin ve gözaltına alan memurun kimliğini içerecek şekilde özenle tutulması bu nedenle yasal zorunluluktur.

25. Bireylerin kayıt dışı gözaltına alınması, keyfi olarak alıkonulması ve yargısal denetim dışına çıkarılması kaybetme ve öldürme suçları bakımından büyük risk oluşturduğundan devletin gözaltı kayıtlarının gerçeğe uygun tutulup tutulmadığını denetlemesi de son derece önemlidir.

26. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında belirtildiği gibi bir kişi sağlıklı bir şekilde gözaltına alındıysa ve daha sonra kaybolduysa, bedenlen zarar gördüyse veya ölü bulduysa devlet, bu durumun nasıl oluştuğuna dair mantıklı bir açıklama getirmek zorundadır.¹¹

11 İlkem Altıntaş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Perspektifinden Zorla Kaybetme Davaları”, *Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu* içinde, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 105..

İNSAN HAKLARI

KURULUŞLARININ

İHLAL TESPİTLERİ

27. Bilindiği gibi Türkiye'de 12 Eylül 1980 tarihinde beş kuvvet komutanı general tarafından gerçekleştirilen askeri darbe sonucu başbakan ve bakanlar kurulu görevden alındı, TBMM lağvedildi ve 1961 Anayasası uygulamadan kaldırıldı.

28. Ağır hukuksuzlukların hüküm sürdüğü bu askeri rejim sürecinde İnsan Hakları Derneği'nin tahmini verilerine göre 650 bin kişi gözaltına alındı. Resmi gözaltı süresinin 90 gün olduğu bu darbe döneminde gözaltına alınanların yüzde 95'i işkenceye tabi tutuldu. Askeri Mahkemelerde 210 bin dava açıldı, 1 milyon 683 bin kişi fişlendi. 6 bin 353 kişinin idamı istenildi ve 85 bin kişi daha sonra kaldırılan Türk Ceza Kanunu'nun 141, 142. ve 163. maddeleri kapsamında yargılandı. İşkencede 171 kişi öldürüldü ve 49 kişi idam edildi. 348 bin kişiye pasaport tahdidi uygulandı, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu uyarınca 14 bin 509 kamu görevlisi işten atıldı. 18 bin memur, 2 bin yargıç ve savcı, 4 bin polis, 2 bin subay ve astsubay, 5 bin öğretmen istifaya zorlandı. Siyasi partiler, sendikalar kapatıldı, 30 bin kişi Türkiye'yi terk etmek zorunda kaldı. Cezaevlerinde yaygın ve sistematik işkenceler uygulandı. 113 bin 607 kitap Ankara Mamak'ta bir askeri depoda Sıkıyönetim Komutanlığı'nca yakıldı, yayıncılar öldürüldü ve toplamda 39 ton kitap, dergi ve gazete SEKA'da imha edildi. Sekiz gazete 195 gün satır atlanmış, format sorunu var süreyle kapatıldı, 937 film yasaklandı.¹²

29. 1980 yılı genel nüfus sayımı itibarıyla Türkiye nüfusunun 44.736.957 kişi¹³ olduğu göz önüne alınırsa 12 Eylül Darbesi'nin yarattığı toplumsal tahribatin ağırlığı daha iyi anlaşılır ve bu toplumsal tahribatin yasama, yürütme ve yargı alanındaki etkilerinin de uzun yıllar devam ettiğini söylemek yanlış olmaz.

30. 12 Eylül 2010 da Anayasa'nın geçici 15. maddesinin referandumla kaldırılması sonucu

¹² Hüsnü Öndül, 12 Eylül ve Hak İhlalleri, Evrensel Gazetesi, 2007.

¹³ Bu sayıya Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yapılan sayım sonucu ulaşılmıştır.

sivil toplum kuruluşları, sendikalar ve dernekler ile darbe mağdurları 12 Eylül Darbesi'ni yapanlar hakkında suç duyurusunda bulundular. Özel Yetkili Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı "Milli Güvenlik Konseyi" adı altında 12 Eylül 1980'de ülke yönetimine el koyan askeri cunta yönetiminin hayatta kalan üyeleri Kenan Evren, Nejat Tümer ve Tahsin Şahinkaya'nın işlediği (A) Nürnberg Mahkemesi Şartı ile kabul edilmiş ve tüm devletlerin kendi kanunlarında yer alması dahi suçun oluşumu halinde takip etmek zorunda oldukları uluslararası hukukun buyruk kuralı niteliğine sahip insanlığa karşı suçlar (B)765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 146, 147, 153, 174, 179, 180, 181. maddeleri kapsamında insanlığa karşı suçlar ve re'sen takdir edilecek suçlar nedeniyle haklarında başsavcılık tarafından ceza davası açılması ve haklarında gerekli önlemlerin alınması istemi ile 7 Nisan 2011 tarihinde 2010/605 sayılı hazırlık numarasıyla ilk soruşturmayı başlattı.

31. Türk Silahlı Kuvvetleri'nin 17. Genelkurmay Başkanı ve 7. Cumhurbaşkanı Ahmet Kenan Evren ve eski Hava Kuvvetleri Komutanı MGK üyesi Tahsin Şahinkaya 18 Haziran 2014 tarihinde, Ankara 10. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 12 Eylül 1980'de dönemin başbakanı Süleyman Demirel'e muhtıra vermek, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni ortadan kaldırmaya ve görevini yapmasını engellemeye teşebbüs suçundan müebbet hapis cezasına mahkum edildiler, orgenerallik rütbeleri erliğe düşürüldü.

32. Askeri cunta yönetiminin devrede olduğu 12 Eylül rejimi birçok yasaı lağvedip yerine yeni yasalar yapılandırdı;

32.1. Uzun süren sıkıyönetim uygulaması Türkiye'nin batısında kaldırılırken 10 Temmuz 1987 tarihinde yayınlanan Kanun Hükmündeki Kararname¹⁴ ile Olağanüstü Hal Bölge Valiliği kuruldu. 19 Temmuz

¹⁴ Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 14.07.1987 tarihli ve 19517 numaralı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

1987'den itibaren Sıkıyönetim Kanunu yerine Olağanüstü Hal Kanunu uygulanmaya ve bölge Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ile yönetilmeye başlandı.

32.2. Olağanüstü hal süresince 6 vali görev yaptı. Olağanüstü Hal Bölge Valileri insan hakları örgütleri tarafından ağır insan hakları ihlallerine yol açan uygulamalar nedeniyle sert eleştiriler aldılar.

32.3. Olağanüstü hal ilk olarak 8 ilde uygulanmaya başlandı: Bingöl, Diyarbakır, Elazığ, Hakkari, Mardin, Siirt, Tunceli ve Van. Daha sonra Adıyaman, Bitlis ve Muş da mücavir (komşu) il olarak uygulamaya dâhil oldu. 1990'da Batman ve Şırnak'ın il olmasıyla bu sayı 13'e yükseldi. Bitlis de 1994'te mücavir il yerine olağanüstü hal kapsamına alındı. Olağanüstü hal her 4 ayda bir olmak üzere 46 kez uzatıldı. Sıkıyönetim dönemi de dahil edilirse bölge 1978 yılından 2002 yılına kadar yaklaşık 24 yıl boyunca olağan dışı yönetim biçimleriyle yönetildi.¹⁵

33. İnsan Hakları örgütlerinin tahmini verilerine göre Türkiye'de 1980-2006 yılları arasında ağırlıklı olağanüstü hal bölgesinde olmak üzere devlet bağlantılı kurum ve kişiler dahliyle 1352 kişinin gözaltına alındıktan sonra zorla kaybedildiği, 15 binden fazla yasadışı keyfi infaz (faili meçhul siyasal cinayet olarak bilinen) gerçekleştiği tespit edilmiştir.

¹⁵ Bu konuda bkz. Sezgin Tanrıku, Serdar Yavuz, "İnsan Hakları Açısından Olağanüstü Hal'in Bilançosu", 2005, s. 493-521. Konuya ilişkin daha ayrıntılı tartışmalar için bkz. Kemal Gözler, "Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi", Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000; Mehmet Semih Gemalmaz, "Olağanüstü Rejim Standartları", Beta Basım Yayım, İstanbul, 1994.

ZORLA KAYBETME SUÇU VE

YARGININ TUTUMU

34. TBMM'nin konu ile ilgili raporları¹⁶, mağdur yakınlarının anlatımları ve insan hakları alanında çalışan kuruluşların araştırmaları incelendiğinde;

34.1. Zorla kaybedilen kişilerin evlerinden, işyerlerinden veya sokakta, ancak genellikle herkesin arasında, gözaltına alındıkları ve gözaltına alınmayı takiben kendilerinden bir daha haber alınamadığı veya bir müddet sonra ölü olarak buldukları,

34.2. Zorla kaybedilen kişilerin kimler tarafından, nerede, ne zaman, neden gözaltına alındığını ve ne kadar süre ile nerede tutulduklarını gösteren resmi gözaltı kayıtları tutulmadığı,¹⁷

34.3. Gözaltı merkezleri, nezarethane ve ifade alma odalarının denetimi Cumhuriyet Başsavcılıklarının görevi olmasına rağmen denetim sorumluluğunun yerine getirilmediği,¹⁸

34.4. Zorla kaybetme uygulamasının yaygın olduğu zaman dilimi ve coğrafi bölge dikkate alındığında, gözaltı kaydı tutulmamış olmasının, tutulduğu durumlarda ise kayıtların yargı makamlarından gizlenmesi ya da savcıya/mahkemeye ibrazından kaçınılmasının, "gözaltına alma"nın baştan itibaren "zorla kaybetme"nin bir aşaması olarak planlandığı, amacın suça karışan devlet görevlilerinin tespitinin engellenmesi olduğu yönünde kanaat oluşmasına sebep olmaktadır.

35. Yasaya göre savcı, soruşturmanın gerektirdiği tüm hususları makul bir hızla araştırmak, keşif,

16 TBMM-Faili Meçhul Siyasal Cinayetleri Araştırma Komisyonu Raporu, [http://tr.wikisource.org/wiki/Susurluk_Raporu_\(Kutlu_Savaş\)](http://tr.wikisource.org/wiki/Susurluk_Raporu_(Kutlu_Savaş)), TBMM Susurluk Araştırma Komisyonu Raporu, http://tr.wikisource.org/wiki/TBMM_Susurluk_Ara%C5%9Ft%C4%B1rma_Komisyonu_Raporu/Kavramlar_ve_konuyla_ilgili_%C3%B6nceki_meclis_ara%C5%9Ft%C4%B1rma_komisyonu_raporlar%C4%B1.

17 İşkenceye Karşı Komite 45. oturum 1-19 Kasım 2010.

18 1412 s. CMUK 104, 128 vd. ilgili hükümler ile 5271 s. CMK 91, 92 vd. ilgili hükümler.

bilirkişi incelemesi, otopsi, kimlik tespiti yaptırmak, olayın tanıklarını bulmak, dinlemek, ifadelerini almak ve süratle kaybolmasından korkulan tüm delillerin toplanmasına çalışmak zorundadır.

36. Kaybetme veya öldürmenin devlet memurları tarafından gerçekleştirildiği iddiasının bulunduğu durumlarda soruşturmanın sorumluların kimliklerinin tespitini ve cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte olması ve kayıp ailelerinin soruşturmaya aktif katılımının sağlanması yasa ve içtihatlar gereği zorunludur.

37. 12 Haziran 2014 tarihli TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Mağdur Hakları İnceleme Raporu¹⁹'nda tespit edildiği gibi mağdurların soruşturma aşamasında delillerin toplanmasını, kendilerine soruşturma evrakından örnek verilmesini, soruşturmalarının takibi için avukat görevlendirilmesini, soruşturma belgelerini, el konulan/muhafaza edilen evrakı/eşyayı inceleme hakkı vardır ve devlet organları bu hakkın engelsiz bir şekilde kullanımını temin etmekle yükümlüdür.

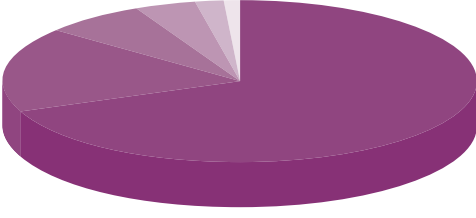
38. İmzacı kurumlardan Hakikat Adalet Hafıza Merkezi'nin zorla kaybedilen 257 kişiye ait soruşturma/kovuşturma dosyası ve savcılıklara yapılmış suç duyuruları üzerinden yaptığı analiz sonuçlarına bakıldığında soruşturma savcılıklarının yasalara aykırı şekilde ceza muhakemesi usulünde yer alan soruşturma usul/mekanizmalarını çok az kullandıkları veya hiç kullanmamış oldukları ve mağdur haklarına ehemmiyet gösterilmediği neticesine ulaşılmaktadır.

39. Analize konu 257 soruşturma/kovuşturma dosyasında yargının tutumu çeşitli kriterler açısından incelenmiştir. Buna göre;

39.1. Zorla kaybetme eylemlerinin üzerinden ortalama 19 yıl 7 ay gibi uzun bir süre geçmesine rağmen soruşturmaların yüzde 69'unun halen şikayet aşamasında beklediği ve soruşturmaların genellikle sürüncemede bırakıldığı,

19 24. Dönem, 4. Yasama yılı 12.06.2014 tarihli Komisyon toplantısında kabul edilen Rapor, s.26.

39.2. Salt yüzde 17 oranındaki şikayet hakkında dava açılmış olduğu ve toplam yüzde 13 oranında takipsizlik, zamanaşımı ve beraat kararları verildiği ve sadece yüzde 1 oranında mahkumiyet kararı verildiği anlaşılmaktadır.



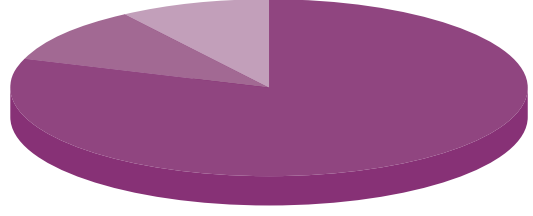
- Sürüncemede bırakılmış soruşturma %69
- Devam eden dava %17
- Takipsizlik kararı %7
- Beraat kararı %4
- Zamanaşımı kararı %2
- Mahkumiyet kararı %1

39.3. Türkiye'de yaygın uygulama itibarıyla bu tür suçlara ilişkin soruşturma/kovuşturmalarda suç tarihi esas alınarak 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 448-450. maddeleri uygulanmakta ve zamanaşımı süresi 20 yıl olarak değerlendirilmektedir.

39.4. Zorla kaybetme suçlarının devlet görevlileri ile ilişkisi, sistematik ve yaygın özellikleri görmezden gelinerek tekil öldürme suçları oldukları ve 20 yıllık zamanaşımına tabi oldukları bir kez kabul edildiğinde 90'lı yıllarda işlenen suçlara ilişkin soruşturmanın büyük bir kısmının ya zamanaşımına uğramış olduğunu ya da uğrama riski ile karşı karşıya kaldığını söylemek gerekecektir, ki bu durum ulusal ve uluslararası hukuka ve sözleşmesel yükümlülüklerle aykırılık teşkil etmektedir.

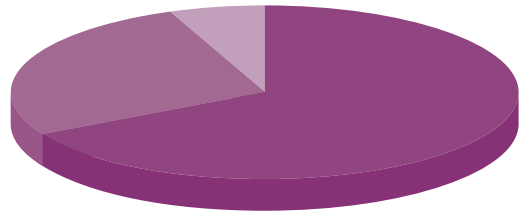
39.5. Analize konu dosyalardan 118 zorla kaybedilmiş kişiye ait dosyanın AİHM incelemesinden geçmiş olduğu, AİHM'nin iç hukuktaki dağılımın tam tersi olarak bu başvuruların yüzde 78'inde Türkiye'yi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağının ihlaliyle etkili soruşturma yürütmekten sorumlu bulunduğu, devlet tarafından yüzde 9

oranındaki dosyada dostane çözüm teklif edildiği, böylece genel toplamda Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yüzde 87 oranındaki zorla kaybetme olayında sorumluluğunun saptanabilir olduğu görülmektedir.



- Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Sözleşme maddelerini ihlal ettiğine ilişkin karar %78
- Usuli eksikliklerden dolayı verilen kabul edilemezlik kararı %13
- Dostane çözüm %9

39.6. İncelemeye konu dosyalarda zorla kaybetme tarihinden bugüne kadar ortalama 20 yıla yakın bir süre geçmiş olmasına rağmen zorla kaybedilenlerin sadece yüzde 27'sinin bedeninin bulunduğu ve ailelerine teslim edilerek defnedildiği, yüzde 6'sının bedeninin bulunduğu ancak ailelerine teslim edilmeksizin kimsesizler mezarlığına defnedildiği, yüzde 67'sinin akıbetinin ise halen belirlenememiş olduğu, bu durumun mağdur yakınlarının hakikati bilme hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde tanımlı haklarının ihlali anlamına geldiği aşikardır.



- Beden hala bulunamadı/akıbeti bilinmiyor %67
- Beden bulundu ve aileye teslim edildi %27
- Beden bulundu ancak kimsesizler mezarlığına gömüldü %6

40. *Amicus curiae* sıfatıyla mütalaa sunan imzacı kuruluşlar bireysel başvuruya konu dosyada olduğu gibi genel olarak zorla kaybetme iddiası bulunan çoğu soruşturma ve kovuşturma dosyasında;

40.1. Suç yerinde gerekli araştırma ve tespitlerin yapılmadığı, delillerin toplanmadığı,

40.2. Gözaltı işlemi konusunda şüpheli kolluk görevlileri tarafından verilen bilgi/belgelerin esas kabul edildiği, gerekli araştırmaların yapılmadığı,

40.3. Zaman içinde ortaya çıkabilecek delillerin korunması için makul önlemler alınmadığı,

40.4. Suç yerinin genellikle fotoğraflanmadığı,

40.5. Zorla kaybedilen kişilerin işkence ile öldürüldüğü durumlarda, çatışmada öldürülmüş gibi tutanak tutulduğu ve bu şekilde sahte deliller üretildiği,

40.6. Şüphelilerin ifadelerinin genellikle alınmadığı, alınmış olduğu durumlarda ise şüphelinin beyanı ile yetinildiği,

40.7. Şüpheliler arasındaki örgütsel bağlantıların araştırılmadığı,

40.8. Şüphelilerin bir parçası olduğu emir-komuta zincirinin dikkate alınmadığı,

40.9. Suçla ilgili olabilecek kolluk, devlet personeli ve idari personelin gerektiği gibi sorgulanmadığı, aksine terfi ve taltif edildiği,

40.10. Yasadışı yöntemler uygulanmasına karşı çıkan, suçla ilgili bilgi veren devlet görevlilerinin korunmadığı,

40.11. Zorla kaybedilen kişileri emniyet/jandarma/illegal sorgu mekanlarında sorgulanırken gören, hatta isim veren tanıkların bulunduğu dosyalarda dahi tanıkların ifadelerine başvurulmadığı, başvurulduğu durumlarda da beyanlarına itibar edilmediği,

40.12. Soruşturma sırasında kayıp yakınlarının bilgilerine başvurulmadığı,

40.13. Nadiren keşif yapıldığı,

40.14. Otopsi işlemlerinin eksiksiz ve yasal standartlara uygun yapıldığı konusunda kuşkular bulunduğu kanısındadırlar.

ULUSAL VE ULUSLARARASI

HUKUK IŞIĞINDA

ZORLA KAYBETME

SUÇUYLA İLGİLİ

AVRUPA İNSAN HAKLARI

MAHKEMESİ KARARLARI

41. Bilindiği gibi devletin korumakla yükümlü olduğu temel yurttaş hakları ulusal düzeyde Anayasa'da, ihlal durumuna ilişkin temel cezai yaptırımlar Türk Ceza Kanunu'nda, soruşturma ve yargılama pratiğine ilişkin temel usuli kurallar ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alır.

42. Anayasa'nın 90/5. maddesi gereği usulüne uygun yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

43. Anayasa'nın 90/5. maddesinde belirtilen normlar hiyerarşisi gereği ulusal yasalar kadar ve hatta bunların da üstünde olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ilgili protokolleri ile Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi hükümleri de savcılık makamını bağlayıcıdır.

44. Yaşam hakkı Anayasa'nın 17, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 ve Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddelerinde güvence altına alınmış bulunmaktadır.

44.1. Anayasa'nın 17/1. maddesine göre "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." Devlet Anayasa'nın 5. maddesi uyarınca "insanın maddi ve manevi varlığının korunması ve gelişmesi için gerekli şartları hazırlamakla görevlidir."

44.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2/1. maddesine göre, "Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez."

44.3. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 6/1. maddesine göre ise "Her insanın doğuştan gelen yaşama hakkı vardır. Bu hak yasalarla

korunacaktır. Hiç kimsenin yaşamı keyfi olarak elinden alınamaz."

45. Taraf devletler gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gerek Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile yurttaşlarının yaşam hakkının yanında işkence ve kötü muameleden korunma, özgürlük ve güvenlik içinde yaşama haklarına halel getirecek her türlü eylemden uzak durmak, yaşam hakkının özgürlük ve güvenlik içinde kullanılmasını temin edecek her türlü önlemi almak taahhüdünde bulunmuş, tüm bu önlemler alınmasına rağmen ihlal gerçekleşmesi halinde ise ihlalleri **etkili bir şekilde soruşturma yükümlülüğü** altına girmiştir.

46. Bahse konu haklar hukukun en temel kaynakları arasında bulunan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3 ve 5. maddelerinde de düzenlenmiştir.

47. Devlet kamu görevlileri veya kamu görevlilerinin emir ve talimatıyla çalışan kişi veya gruplar eliyle yaşam hakkı ve diğer ilgili hakların ihlaline dahil olmuşsa yurttaşların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinin tanıdığı haklar dairesinde etkili soruşturma yapılmasını talep hakkı ve devletin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi kapsamında etkili soruşturma yürütme görevi vardır.

48. Suçlara ilişkin soruşturmalar ulusal düzeyde cumhuriyet savcılığı eliyle yapılır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesi gereği (1412 s. K. md. 153) cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere **hemen** işin gerçeğini araştırmaya başlamak ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan tüm delilleri toplayarak muhafaza altına almak zorundadır.

49. Cumhuriyet savcısı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161. maddesinde tanımlı görevleri gereği (1412 s. K. md. 153 vd.) suçun araştırılması için doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk

görevlileri aracılığıyla her türlü araştırmayı yapmak, ilgili bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi istemek durumundadır.

50. Aynı hükmün devamı gereği adli kolluk görevlileri cumhuriyet savcısının emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle, yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür.

51. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161/5. maddesinde kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yerine getirmede kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları hakkında cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılacağı, vali ve kaymakamlar hakkında 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmiş bulunmaktadır.

52. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin bir kayıp olayında ihlal edilip edilmediğini hangi kriterleri dikkate alarak belirlediğini Yüksek Mahkeme'nizin takdirine sunmak ve **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kriterlerine uyumluluğun Anayasa Mahkemesi tarafından da gözetileceğinden kuşku duymadığımızı belirtmek isteriz.**

53. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devletin mağdurun ölümünden ya da zorla kaybedilmesinden sorumlu olup olmadığına karar verirken aşağıdaki şekilde değerlendirme yapmaktadır.²⁰

²⁰ Bu kısım İlkem Altıntaş tarafından kaleme alınan "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Perspektifinden Zorla Kaybetme Davaları" başlıklı makaleden yararlanılarak hazırlanmıştır. *Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu*, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 101-122.

53.1. Bir kişi sağlıklı bir şekilde gözaltına alındıysa, ancak salıverildiğinde bedenen zarar gördüyse devlet bu zararın nasıl oluştuğuna dair mantıklı bir açıklama getirmek zorundadır. Bu açıklamanın yapılamadığı durumlarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi bağlamında bir sorun ortaya çıkar. Bir kişinin gözaltında ölmesi durumunda, yetkililerin bu kişiye yapılan muameleye ilişkin açıklama yapma zorunluluğu daha da önem kazanır. Eğer ortada ceset yoksa gözaltına alınan kişinin akıbeti hakkında yetkililerin mantıklı açıklama yapamamaları durumunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi bağlamında da bir sorun ortaya çıkıp çıkmaması, her davanın özel koşullarına ve özellikle, **kişinin gözaltında ölmüş olabileceğine dair karine teşkil edebilecek**, somut unsurlara dayanan yeterli kanıtın varlığına bağlıdır.

53.2. Bu anlamda, bir kişi **gözaltına alındıktan itibaren geçen süre**, kendi başına belirleyici olmasa da, göz önüne alınması gereken bir unsurdur. **Gözaltına alınmış kişiden hiçbir haber çıkmaksızın geçen süre uzadıkça, o kişinin ölmüş olma olasılığı artmaktadır.** Demek ki geçen süre, söz konusu kişinin ölü sayılabilmesi için gerekli karinenin diğer unsurlarına yüklenecek önemin derecesini belirli bir oranda etkileyebilir. Bu durumda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesine aykırı basit bir yasadışı gözaltı ihlalden başka ihlaller de doğabilir. Böyle bir yorum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi altında en temel hükümlerden biri olarak **düzenlenmiş yaşam hakkının etkili korunmasını da sağlar.**²¹

53.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye aleyhine karar verdiği zorla kaybetme davalarında, hak ihlalleri ve genel durum göz önüne alındığında, kayıt dışı gözaltına alınmış bir kişinin hayatının tehlikede olabileceği ihtimalinin göz ardı edilemeyeceğini belirtmiş, ayrıca aynı dönemde, Türkiye'nin güneydoğu bölgesindeki ceza hukuku korumasında görülen **kusurların güvenlik güçlerinin eylemlerinden dolayı hesap vermekten azade olmalarına sebep olduğuna da hükmetmiştir.**²²

²¹ 14.11.2000 tarihli Taş/Türkiye Kararı, Başvuru No: 24396/94.

²² A.g.e.

53.4. Taş/Türkiye kararı ışığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, zorla kaybedilen mağdurun ölümünden devletin sorumlu olup olmadığına karar vermeden önce net olarak şu hususlara dikkat etmektedir;

53.4.1. Gözaltına alındıktan sonra mağdurdan hiçbir haber alınmaksızın geçen süre,

53.4.2. Mağdurun devletin sorumluluğu altındaki bir gözaltı merkezine götürülmüş olduğuna dair güvenilir delil bulunması, örneğin, görgü tanıklarının olması,

53.4.3. Mağdurun tutulduğu yere ve gözaltı kayıtlarına ilişkin güvenilir kayıt olmaması,

53.4.4. Devlet yetkililerinin, mağdurun cezai kovuşturma gerektiren faaliyetlerde bulunduğuna dair şüphe taşıması, örneğin, yetkililerin mağdurun bir örgüt ile bağlantısının olduğu yönünde bir kanı taşımaları,

53.4.5. Devletin mağdurun akıbeti hakkında yeterli ve inandırıcı açıklama yapamaması.

53.5. Mahkeme, yukarıdaki hususları dikkate alarak, makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde, zorla kaybedilen kişinin güvenlik güçleri tarafından **gözaltına alındıktan sonra ölmüş olduğuna dair karine (ölüm karinesi) oluştuğuna hükmettiği davalarda bu ölümden devletin sorumlu olduğuna karar vermiştir.**

54. Devletin etkili soruşturma yükümlülüğü ihlali aynı zamanda 2. maddenin usulden ihlali anlamına gelmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 1. cümlesi, herkesin yaşam hakkının yasayla korunması yükümlülüğünü devletlere yükler. Etkili soruşturma yükümlülüğü, diğer bir deyişle yaşam hakkının usuli korunması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarıyla bu cümleden yola çıkarak geliştirdiği bir yükümlülüktür.

55. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2. madde altında devletlerin zorla kaybetme iddialarını da etkili soruşturma yükümlülüğü olduğuna karar vermiştir. Mahkeme'nin bu konudaki içtihadı aşağıdaki gibidir.

55.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi kapsamındaki yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, Sözleşme'nin 1. maddesi tarafından devlete yüklenen **Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alma ödeviyle birlikte değerlendirildiğinde, bireylerin devlet görevlileri tarafından kullanılan güç sonucunda öldürülmeleri halinde etkili bir resmi soruşturma yapılması gerekliliği zımnen doğmaktadır.**

Etkili soruşturma yürütülmesi yükümlülüğü sadece devlet yetkililerinin yol açtığı öldürme olayları ile sınırlı değildir. Bu usuli yükümlülük, bir kişinin hayatını tehdit edebilecek koşullarda kayıp edildiği durumlarda da geçerlidir.²³

55.2. Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında etkili bir soruşturma, bir ölüm ya da zorla kaybetme olayını çevreleyen koşulların **kapsamlı, tarafsız ve dikkatli bir şekilde incelenmesini** içerir.

55.3. Soruşturma, **sorumluları tespit etmeye ve cezalandırmaya** elverişli şekilde etkili bir soruşturma olmalıdır. Sorumluların tespiti ve cezalandırılması konusunda mutlak bir başarıya ulaşılamasa dahi, soruşturmanın etkili sayılabilmesi için, bu sonuca ulaşmaya muktedir nitelikte olması gereklidir.²⁴

55.4. **Soruşturma mağdurun yakın akrabaları ve şikayetçilerin de erişiminin olduğu bağımsız bir organ tarafından yapılmalıdır. Örneğin, Mahkeme 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 3. maddesi uyarınca güvenlik güçleri hakkında il idare kurullarının yaptıkları soruşturmaları etkisiz kabul etmiştir. Bilindiği üzere, 4483 sayılı Kanuna göre idari kolluk görevlerini yerine getirirken suç işledikleri iddia edilen güvenlik güçlerinin yargılanabilmeleri, görev yaptıkları kurumun en yüksek mülki amirinin vereceği soruşturma iznine**

²³ 08.04.2004 tarihli Acar/Türkiye Büyük Daire Kararı, Başvuru No: 26307/95.

²⁴ 24.01.2008 tarihli Osmanoğlu/Türkiye Kararı, Başvuru No: 48804/99.

tabidir. Soruşturma izninin verilip verilmemesine karar vermek için ön inceleme yapan il ya da ilçe idare kurullarının başkanlığını, o ilin ya da ilçenin vali ya da kaymakamı yapmaktadır. Mahkeme, idari kurulların başvuruların erişimine kapalı olması ve hakkında soruşturma yapılan kamu görevlisinin mülki amiri başkanlığında yapılandırılmaları nedeniyle **bağımsız bir soruşturma organı olamayacaklarına karar vermiştir.**²⁵

56. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında özetlersek cumhuriyet savcılığı;

56.1. Bir ölüm veya zorla kaybetme iddiası olduğunda ya da böyle bir durumdan haberdar olduğunda vakit kaybetmeksizin harekete geçerek soruşturma başlatmalıdır.

56.2. Delillerin araştırılmasında, toplanmasında, tanık ya da şikayetçilerin ifadelerinin alınmasında süratli hareket etmelidir.

56.3. Kişinin gözaltına alındığı iddia edilen yerleri ve gözaltı kayıtlarını bizzat incelemelidir.

56.4. Zorla kaybedilen kişinin gözaltına alındığı iddia edilen yer dışında, mağdurun tutulduğundan şüphe duyduğu ya da soruşturma çerçevesinde gerekli gördüğü başka yerler ya da gözaltı kayıtları varsa bunları da bizzat incelemelidir.

56.5. Konuyla ilgili gözaltı kayıtları ve diğer resmi belgelerin doğruluğundan şüphe duyarsa, bu konuda araştırma yapmalıdır.

56.6. Konuyla ilgili ya da ilgisi olabilecek güvenlik güçlerini ve gerekirse amirlerini sorguya çekmeli, dava açarken emir komuta zincirini dikkate almalıdır.

56.7. Ölüm veya zorla kaybetme iddiasının olduğu zamanda ve kaybedilen kişinin gözaltına alındığı iddia edilen yerde güvenlik güçleri tarafından herhangi bir operasyon yapıp yapılmadığını veya o bölgede faaliyet gösteren paramiliter güçler olup olmadığını tespit etmelidir.

56.8. Zorla kaybedilen kişi gözaltına alınırken ya da tutulduğu yerde onu gördüğünü iddia eden tanıklar varsa, savcı bu tanıkların ya da diğer potansiyel tanıkların ifadesini almalıdır.

56.9. Soruşturma kayıtlarını eksiksiz bir şekilde tutmalıdır.

56.10. Soruşturmayı etkili olduğu kadar hızlı yürütmeli, sürüncemede bırakmamalı ve eldeki delilleri göz ardı ederek kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermemelidir.

56.11. Yakalama ve olay yeri tutanaklarına, şüpheliyi yakalayan ve olay mahallinde görevli güvenlik görevlilerince (kod isim kullanmadan) imza atılıp atılmadığını denetlemelidir.

57. Bunların yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün yerine getirilmesi için aşağıdaki hususlara dikkat edilmelidir.

57.1. Gözaltı kayıtları güvenlik güçleri tarafından titizlikle tutulmalı, şüphelinin kimliğini, gözaltına giriş ve çıkış saatlerinin gün, saat, dakika olarak kaydını, gözaltına alınan yeri ve gözaltının sebebini içermelidir.

57.2. Nezarethanelerin denetimi savcılık makamının görevleri arasındadır.

57.3. Sorumluların tespiti bakımından herhangi bir nedenden yerinin değiştirilmesi gerekiyorsa (hastaneye kaldırma, keşfe gidilmesi vs.) her değişikliğin zamanının ve kişiye eşlik eden güvenlik güçlerinin isimlerinin ve görevlerinin kayıt altına alınması sağlanmalıdır.

57.4. Güvenlik güçlerinin nezarethane kayıtlarına ilişkin sorumlulukları olduğu dikkate alınarak **bu sorumluluğun yerine getirilmediği ve kayıt bulunmadığı hallerde ispat külfetinin yer değiştirmesi ve devletin gözaltı veya kayıp söz konusu olmadığını ispat etmesi gerektiği dikkate alınmalıdır.**

²⁵ 14.11.2000 tarihli Taş/Türkiye Kararı, Başvuru No: 24396/94.

58. Devletin bireyin yaşamının korunmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde tanımlanan pozitif yükümlülüğü etkili soruşturma yükümlülüğünün yanı sıra hukuka aykırı şiddet tehdidi altında bulunan bireylerin devlet tarafından önleyici tedbirler alınarak korunması yükümlülüğünü de içerir.

58.1. Mahkeme, Osman/İngiltere²⁶ kararında, bu açıdan devletlerin yükümlülüklerinin ortaya çıkıp çıkmayacağını tespit etmek için bir ölçüt getirmiştir. **Buna göre, kişinin yaşam hakkına yönelmiş gerçek ve yakın bir tehlikeyi, yetkililer bildikleri ya da bilmek durumunda oldukları halde, gidermek için kendilerinden makul ölçüde beklenebilecek adımları atmamışlarsa, devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü ihlali ortaya çıkar.**

58.2. Mahkeme'nin Osman/İngiltere kararındaki ölçütü uyguladığı ilk zorla kaybetme davası Mahmut Kaya/Türkiye²⁷ davasıdır. Bu dava, Elazığ'da yaşayan ve PKK örgütüne yardım ve yataklık ettiğinden şüphelenilen bir doktorun, 1993 tarihinde kaçırılması, kaybedilmesi ve öldürülmesi ile ilgilidir. Mahkeme mağdura örgüt üyesi yaralıları tedavi ettiği için devlet yetkililerince şüpheli gözüyle bakılmasını, daha önce tehditler almasını ve o dönemde Türkiye'nin güneydoğusundaki genel durumu göz önüne alarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin mağdurun hayatına yönelmiş gerçek ve yakın bir tehlikeyi önlemek için gerekli tedbirleri almadığı gerekçesiyle 2. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu davada devletin mağdurun ölümünden sorumlu olduğunu makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edememiştir. Davalı devlet ile başvuranlar arasında olayların nasıl gerçekleştiği konusunda ihtilaf olan bu davada, o tarihte görevde olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından iki tanık dinleme duruşması gerçekleştirilmiştir. Görgü tanıklarının çelişkili ifadelerinden ve iç hukukta yapılan

26 28.10.1998 tarihli Osman/İngiltere Kararı, Başvuru No: 87/1997/871/1083.

27 28.03.2000 tarihli Mahmut Kaya/Türkiye Kararı, Başvuru No: 22535/93.

soruşturmanın eksikliği yüzünden Komisyon, davada devletin ölümden sorumlu olduğuna kanaat getirecek delil elde edememiştir. Mahkeme de Komisyon'un bulgularını kabul etmiştir. Ancak **Mahkeme, devletin yaşamı koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği yönünde ihlal kararı verirken, bu davada olayın faillerinin yetkililer tarafından bilindiğine dair güçlü çıkarımlar yapılabileceğini ifade etmiştir.**

58.3. Mahkeme 2008 yılında başka bir olayla ilgili olarak verdiği Osmanoğlu/Türkiye²⁸ kararında, kendini polis memuru olarak tanıtan iki kişi tarafından dükkanından götürüldükten sonra kaybolan mağdurun kaybedilmesinden devletin sorumlu olduğunu tespit edememiştir. **Ancak bu davada Mahkeme mağdurun gözaltına alındığı tespit edilememesine rağmen, ölüm karinesinin gerçekleştiğine karar vermiştir.** Bu kararı verirken Mahkeme, zorla kaybedilen bir kişinin öldüğünü varsaymak için devletin bu kaybetme ile ilişkisinin saptanmasının olmazsa olmaz bir koşul olmadığını söylemiştir. AİHM kararında devletin mağdurun hayatına yönelmiş gerçek ve yakın bir tehlikeyi önlemek için gerekli tedbirleri almadığı gerekçesiyle 2. maddenin esastan ihlal edildiğine karar vermiştir.

58.4. Osmanoğlu/Türkiye kararıyla AİHM, **mağdurun devlet yetkilileri tarafından gözaltına alındığının makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilemediği durumlarda dahi, diğer koşulların oluşması şartıyla, ölüm karinesinin gerçekleştiğinden bahisle 2. maddenin esastan ihlal edildiğinin kabul edilebileceğine karar vermiştir.**

59. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir zorla kaybetme vakasında devletin 3. madde bağlamındaki sorumluluğunun ihlal edilip edilmediğini iki açıdan incelemiştir: zorla kaybedilen kişi ve başvuran.

59.1. Zorla kaybedilen kişinin gözaltına alınırken ya da gözaltı sırasında kötü muameleye uğradığı

28 24.01.2008 tarihli Osmanoğlu/Türkiye Kararı, Başvuru No: 48804/99.

tanık ya da tanıklar vasıtasıyla ispat edilebiliyorsa Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında bir ihlal söz konusu olur.

59.2. Mahkeme, devlet tarafından inkar edilen gözaltı olaylarında ve zorla kaybetme vakalarında, bağımsız ve tarafsız bir **tıbbi delil ya da görgü şahidi ifadesi sunmanın pek olası olmadığını belirterek, 3. maddenin ihlal edilmesi için bunlardan birinin ön şart olarak koşulmasının bu madde tarafından getirilen korumayı zayıflatabileceğini kabul etmiştir.**²⁹

59.3. Çakıcı/Türkiye³⁰ davasında, başvuran, erkek kardeşinin gözaltında dövülmesi ve elektrik şokuna maruz bırakılması nedeniyle 3. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ancak, bu muameleyle ilişkin başvuranın öne **sürdüğü tek delil, erkek kardeşiyle aynı hücreyi paylaşan ve uygulanan kötü muamele sonrasında mağdurda oluşan zararları gören bir tanıktır. Mahkeme, sunulan bu delilin güvenilir olduğuna kanaat getirmiştir.**

59.4. Mahkeme, Akdeniz ve Diğerleri/Türkiye³¹ davasında, yine **görgü tanıklarının ifadelerini yeterli bularak**, zorla kaybedilen kişilere uygulanan soğuk havada dışarıda tutma, bağlı halde tutma, öldürülme korkusuyla ıstırap çektirme hallerini içeren davranışların 3. maddeyi ihlal ederek, insanlık ve onur kırıcı muamele teşkil ettiğine karar vermiştir.

59.5. Kaybedilen kişilerin bedenlerinin sonradan ortaya çıktığı durumlarda ise Mahkeme, **otopsi raporlarında mağdurun kötü muameleyle maruz bırakılmış olabileceğine dair bulgular varsa ve davalı devlet bunların nasıl oluştuğuna dair bir açıklama yapamıyorsa Sözleşme'nin**

29 08.07.1999 tarihli Çakıcı/Türkiye Kararı, Başvuru No: 23657/94.

30 A.g.e.

31 31.05. 2001 tarihli Akdeniz ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 23954/94

3. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.³²

59.6. Mahkeme **mağdur yakınları bakımından**, yakınlarının zorla kaybedilmesinden dolayı yaşadıkları **belirsizlikten ve ıstıraptan** ötürü 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

59.7. Mahkeme ayrıca yakınlarını **münasip şekilde defnedememelerini** de 3. maddenin ihlali kabul etmiştir. Mahkeme, 2008 tarihli Khadzhaliev ve Diğerleri/Rusya³³ kararında, kaybedildikten dört gün sonra bedenleri eksik, parçalara ayrılmış ve başları bedenlerinden ayrılmış olarak bulunan mağdurların **yakınlarının, olaydan 6 yıl sonra mağdurların bedenlerinin parçalarının halen kayıp olduğuna ve başvuruların sevdiklerini münasip bir şekilde defnedemediklerine dikkat çekerek, bu durumun derin ve sürekli bir ıstırap ve sıkıntı vermesi sebebiyle 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.**

59.8. Mahkeme'nin bu kararı ışığında, bedenlerin halen kayıp olduğu ya da parçalarının eksik olduğu durumlarda, mağdurlar bakımından yakınlarının zorla kaybedilmesinin yanı sıra, yakınlarını defnedememekten kaynaklanan sürekli ıstırap ve sıkıntının da 3. madde ihlali teşkil ettiğini ayrıca belirtmek gerekir.

60. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tespitlerine göre bir gözaltı işleminin hukuki olabilmesi için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında sayılı nedenlerden birine dayanması gerekir. Bu nedenlerden herhangi birine dayanmaksızın gerçekleşen bir gözaltı, yasa tarafından öngörülmüş usulü ihlal etmektedir. Ayrıca, bu şekilde bir yasadışı gözaltı sonrasında kişi ne serbest bırakılır ne de adli bir makam huzuruna getirilirse Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasına aykırı bir durum oluşur.

32 31.05.2005 tarihli Hayriye Kışmır/Türkiye Kararı, Başvuru No: 27306/95 ve 28.03.2000 tarihli Mahmut Kaya/Türkiye Kararı, Başvuru No: 22535/93.

33 06.11.2008 tarihli Khadzhaliev ve Diğerleri/Rusya Kararı, Başvuru No: 3013/04.

61. Zorla kaybetme olaylarında, devlet yetkilileri çoğunlukla mağdurun gözaltına alındığını inkar ettikleri için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi 4. fıkrası bağlamında gözaltının hukuka uygunluğunu denetleyecek yargısal bir olanak söz konusu değildir. Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 5. fıkrası bağlamında hukuka aykırı gözaltı dolayısıyla tazminat talebinde de bulunmak mümkün değildir, çünkü yetkililer gözaltının hukukiliğini tartışmak şöyle dursun mağdurun gözaltına alındığını dahi kabul etmemektedirler.

62. Mahkeme, zorla kaybetme davalarında, başvuranlar tarafından 5. maddenin her bir hükmünün yukarıda açıklandığı şekilde ayrı ayrı ihlal edildiği iddia edilse dahi 5. maddenin bütünüyle ihlal edildiğine karar verme yolunu seçmiştir. Mahkeme'nin bu konudaki içtihadı şu şekildedir:

"Herhangi bir özgürlükten mahrumiyet, sadece iç hukuktaki esas ve usuli şartlara uymakla kalmamalı aynı zamanda yegâne amacı bireyleri keyfi gözaltılardan korumak olan 5. madde ile de uyumlu olmalıdır. Keyfi gözaltı riskini en aza indirmek için, 5. madde özgürlükten mahrum etme eyleminin bağımsız yargısal denetime tabi olmasını temin etmeyi ve yetkililerin bu eylemden sorumlu olmasını sağlamayı hedefleyen bir takım güvenceler öngörmüştür. Bir bireyin kayıtsız gözaltına alınması bu güvencelerin tamamen reddedilmesidir ki, 5. maddenin en ağır ihlalini oluşturur. Yetkililerin gözetimi altında olan bireylerden sorumlu olduğu göz önüne alındığında, 5. madde; yetkililerin etkili önlemler alıp zorla kaybedilme riskini bertaraf edecek koruyucu tedbirleri almasını ve bir kişinin gözaltına alındığına ve o tarihten beri kendisinden haber alınamadığına ilişkin savunulabilir bir iddiasına etkili ve hızlı bir soruşturma yapmasını gerektirir."³⁴

63. Mahkeme'nin zorla kaybetme iddiasının konu edildiği davalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesine ilişkin içtihadı şu şekildedir:

34 31.05.2005 tarihli Akdeniz/Türkiye Kararı, Başvuru No: 25165/94.

63.1. "Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin **iç hukuk düzeninde hangi şekilde güvence altına alındığına bakılmaksızın, özünü uygulamaya koyacak hukuk yollarının ulusal düzeyde bulunmasını garanti eder.** Bu nedenle 13. madde, Sözleşme altında 'savunulabilir bir iddia'nın esasını ele alan bir iç hukuk yolunun bulunmasını ve uygun çare sağlanmasını gerekli kılar.

Ancak taraf devletlerin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerine ne şekilde uyacakları konusunda belli bir takdir hakkı bulunmaktadır. 13. madde altında yer alan yükümlülüğün kapsamı, başvuranın Sözleşme çerçevesinde yaptığı şikayetin niteliğine göre de değişiklik gösterir. Yine de, **Sözleşme'nin 13. maddesinin gerektirdiği yol hukuken ve fiilen etkili olmalı, özellikle bu yolun kullanımı devlet yetkililerinin eylemleri ve ihmalleri yüzünden haksız bir şekilde engellenmiş olmamalıdır.**

Ayrıca, bireylerin yakınlarının devlet yetkililerin elinde kaybolduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiası olduğunda ve yaşam hakkı kadar önemli bir temel hak söz konusu ise Sözleşme'nin 13. maddesi, gerekli durumlarda tazminat ödenmesinin yanında, sorumluların tespit edilmesini ve yakalanmasını ayrıca zorla kaybedilen kişinin yakınlarının soruşturma sürecine etkili erişimini sağlayacak tam ve etkili bir soruşturmanın yapılmasını gerekli kılar."³⁵

63.2. Mahkeme Timurtaş/Türkiye kararında, başvuranın oğlunun gözaltına alınmasıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında "savunulabilir bir iddiası" olup olmadığına karar verirken, başvuran mağdur yakınının **yetkililere, oğlunun ne zaman, nerede ve kiminle beraber gözaltına alındığına dair sahip olduğu bilgileri ve gözaltına alındığına tanık olan kişilerin isimlerini bildirmesini yeterli saymıştır.**³⁶

35 13.06.2000 tarihli Timurtaş/Türkiye Kararı, Başvuru No: 23531/94.

36 A.g.e.

Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi Kararlarına

Dayanak Yapılan

Amerikalılar Arası

İnsan Hakları

Mahkemesi İçtihatları

64. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi zorla kaybetme suçu bağlamında kararlarında Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına da yer vermektedir.

64.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özellikle 1990'lı yıllarda Türkiye'deki zorla kaybetmelerle ilgili verdiği önemli kararlarının ilk örneklerinde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin Latin Amerika ülkeleri içtihatlarında önemli yeri bulunan pek çok kararına atıfta bulunulmuştur. Ancak Latin Amerika ülkeleri mahkemelerinin aksine zorla kaybetme suçunun yaygın ve sistematik olarak yaşandığı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne üye olan Türkiye ve Rusya gibi ülkeler içtihatlarını hakikati bilme hakkı ve insanlığa karşı suçlar bağlamında geliştirememişlerdir.

64.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kurt/Türkiye³⁷ ve Ertak/Türkiye³⁸ kararlarında zorla kaybetme suçunun uluslararası kaynakları olarak Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin Velásquez Rodríguez/Honduras³⁹, Godínez Cruz/

37 25.05.1998 tarihli Kurt/Türkiye Kararı, Başvuru No: 24276/94.

38 09.05.2000 tarihli Ertak/Türkiye Kararı, Başvuru No: 20764/92.

39 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Velásquez Rodríguez/Honduras Kararı, 29.07.1988 (Davanın Esası).

Honduras⁴⁰, Caballero Delgado ve Santana/Kolombiya⁴¹ kararlarına atıfta bulunmuştur.

64.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1996 tarihli Akdivar ve Diğerleri/Türkiye⁴² kararında Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin Velásquez Rodríguez/Honduras Davası'nın ilk itirazlarına dair 1987 tarihli kararına atıfta bulunmuş ve devletin iç hukuk yollarının tüketilmediğini iddia ettiği durumlarda etkili bir iç hukuk yolunun mevcut olduğunu ve başkalarının bu yolu kullandığını kanıtlaması gerektiğine dair sunları belirtmiştir:

“İç hukuk yollarının tüketilmesi alanında ispat yükü, her iki taraf arasında dağılmış durumdadır. İç hukuk yollarının tüketilmediği iddiasında bulunan hükümete düşen görev, **İÇ HUKUK YOLUNUN OLAY SIRASINDA TEORİDE VE PRATİKTE MEVCUT VE ETKİLİ OLDUĞU, YANI BU HUKUK YOLUNUN ULAŞILABİLİR OLDUĞU, AYRICA BAŞVURUCUNUN ŞİKÂyetleri konusunda bir giderim sağlama yeteneğine sahip olup makul bir başarı şansı sunduğu** konusunda Mahkeme'yi ikna etmektir. Ancak bu ispat yükü bir kez yerine getirildiğinde artık başvuru, hükümetin belirttiği hukuk yolunun aslında tüketildiğini veya davanın özel koşulları bakımından bazı nedenlerle yetersiz ve etkisiz olduğunu veya kendisini bu yükümlülükten kurtaracak özel şartların mevcudiyetini kanıtlamak durumundadır.”⁴³

40 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Godínez Cruz/Honduras Kararı, 20.01.1989 (Davanın Esası).

41 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Caballero Delgado ve Santana/Kolombiya Kararı, 08.12.1995 (Davanın Esası).

42 16.09.1996 tarihli Akdivar ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru No: 21893/93.

43 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi İnternet Sitesi, <<http://ihami.anadoluu.edu.tr/aihgoster.asp?id=591>>, çev. Osman Doğru, Emine Karacaoğlu, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Velásquez Rodríguez/Honduras Davası, 26 Haziran 1987 (İlk İtirazlar).

64.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Şiloh/Slovenya⁴⁴ kararında, Mahkeme'nin zaman bakımından (*ratione temporis*) yargılama yetkisi konusunda da Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına atıfta bulunmuş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinin usulen ihlalini değerlendirirken etkili soruşturma yükümlülüğünün bu bağlamda bağımsız ve başlı başına bir yükümlülük olarak geliştiğini ve **dava konusu öldürme ya da kaybetme eylemi Mahkeme'nin yargı yetkisinin tanınmasından önce dahi gerçekleşmiş olsa 2. maddenin usul yönünden yargılamaya imkan tanıdığını belirtmiştir.**⁴⁵

64.5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Varnava ve Diğerleri/Türkiye⁴⁶ kararında da aynı Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına atıfta bulunarak *ratione temporis* yargılama yetkisi konusunda aynı gidişatı izlediğini belirtmiştir.

64.6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çiçek/Türkiye⁴⁷ kararında Yargıç Maruste de mutabık görüşünde, zorla kaybetmenin yaşam hakkını ihlal eden uluslararası bir suç olduğunu belirtirken aynı içtihatlara atıfta bulunmuştur.

64.7. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ayrıca Lexa/Slovakya⁴⁸ kararında Amerikalılar Arası

44 09.04.2009 tarihli Şiloh/Slovenya Kararı, Başvuru No: 71463/01.

45 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Velásquez Rodríguez/Honduras Kararı, 29.07.1988 (Davanın Esası), Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Godínez Cruz/Honduras Kararı, 20.01.1989. (Davanın Esası), Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Serrano Cruz Kardeşler/El Salvador Kararı, 23.11.2004 (İlk İtirazlar).

46 18.09.2009 tarihli Varnava ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Başvuru Numaraları: 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90.

47 27.02.2001 tarihli Çiçek/Türkiye Kararı, Başvuru No: 25704/94.

48 23.09.2008 tarihli Lexa/Slovakya Kararı, Başvuru No: 54334/00.

İnsan Hakları Mahkemesi'nin Barrios Altos/Peru⁴⁹ kararından şu atıfta bulunmuştur:

"[...] af yasaları, zamanasımı hükümleri ve sorumluluğu ortadan kaldırmaya yönelik hükümlerin hiçbirini kabul edilemez çünkü bu hükümlerin tamamı soruşturmaları ve işkence, yargısız infaz ve zorla kaybetme gibi ağır insan hakları ihlallerinden sorumlu olanların cezalandırılmasını engellemeyi amaçlamaktadır ve uluslararası hukukta sınırlandırılmasına izin verilmeyen hakları ihlal ettikleri için bu hükümlerin tümü yasaklanmıştır."

49 Barrios Altos/Peru, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 14 Mart 2001.

ZORLA KAYBETME SUÇU VE

HAKİKATİ BİLME HAKKI

(RIGHT TO TRUTH)*

* EK'te Hakikati Bilme Hakkına İlişkin Efraín Bámaca Velásquez/
Guatemala Davasında Uluslararası Hukukçular Komisyonu
tarafından Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'ne
sunulan *amicus curiae* hukuki mütalaaı örneğini bulabilirsiniz.
Mahkeme, söz konusu hukuki mütalaa yönünde karar vermiştir.

65. Yukarıda belirtildiği gibi ağır insan hakları ihlalleri mağdurları ve mağdur yakınları ihlaller hakkında "etkili bir iç hukuk yoluna başvurma hakkı"na sahiptir. Bu hak, ihlallerin meydana gelmesine yol açan failerin kim olduğu ve zorla kaybedilen kişinin nerede olduğu ve akıbeti de dâhil olmak üzere meydana gelen ihlaller hakkında "hakikati bilme hakkı"nı da içermektedir.

66. Ağır insan hakları ihlallerinin nasıl meydana geldiği ve ihlallerden kimin sorumlu olduğuna dair hakikatin ortaya çıkarılması toplumların geçmişte yaşanan ihlalleri anlamaları ve sonlandırmalarına yardım eder. Toplumun geçmişte yaşanan ihlallerle ilgili kesin ve tam bilgi sahibi olmaksızın bir daha böylesi ihlallerin gerçekleşmesini engellemesi oldukça güçtür. Hakikat, travmatik süreçlerden sonra iyileşme sürecine yardımcı olmanın yanında cezasızlık ve toplumsal inkâr karşı koruma sağlar. İnkâr ve sessizlik toplumsal olarak güvensizlik ve kutuplaşmanın artmasına yol açarken, hakikatin tesis edilmesi uzlaşma sürecini başlatabilir. Şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkeleri üzerine kurulu bir politik ve yargısal düzen yurttaşların güvenini sağlar.

67. Hakikati bilme hakkı tüm ağır insan hakları ihlallerinde geçerlidir, ancak zorla kaybetme vakalarında en açık şekilde tanınmıştır.

68. "Mümkün olan en geniş ölçüde" hakikati bilmek hakkı şu unsurları içerir:

- (i) Failerin kimliklerinin ortaya çıkarılması,
- (ii) İhlallere yol açan nedenlerin ortaya çıkarılması,
- (iii) İhlallerin meydana gelmesine neden olan koşulların ve olguların ortaya çıkarılması,
- (iv) Zorla kaybedilen kişilerin akıbeti ve nerede olduklarının ortaya çıkarılması.⁵⁰

69. Hakkın temel unsurları yerleşik olsa da içeriği gelişmeye devam etmektedir.

50 BM İnsan Hakları Komisyonu, 9/11 No'lu Kararı, "Hakikati Bilme Hakkı", 24.09.2008, A/HRC/RES/9/11. Bu bağlamda yürütülecek soruşturmalara kimliği belirsiz mezarların açılması da dâhildir.

69.1. Hakikati bilme hakkı etkili bir iç hukuk yoluna başvuru hakkıyla bağlantılıdır. Bu etkili bir soruşturma yürütülerek, hakikatin ortaya çıkarılıp kamuya paylaşılması ve onarım hakkını içermektedir.

69.2. Mağdurlar ve yakınları insan hakları ihlallerinin gerçekleştiği koşullar hakkında hakikati bilme hakkına sahiptir ve bu hak zamanaşımına uğramaz.⁵¹

69.3. Hakikati bilme hakkı mağdurların yakınlarının ve ait oldukları toplulukların kültürel açıdan uygun ve onurlu şekilde kayıplarını anma ve yas tutma haklarıyla bağlantılıdır.

69.4. Mağdurlar ve ailelerine ek olarak, topluluklar ve toplumun da insan hakları ihlalleri hakkında hakikati bilme hakkı bulunmaktadır.

69.5. Bazı hukuk sistemleri hakikati bilme hakkını "bilgi edinme özgürlüğü" ve "ifade özgürlüğü" nün ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmektedir.⁵²

69.6. İnsanlığa karşı suçlar, soykırım ve savaş suçları dâhil olmak üzere bazı uluslararası suçların⁵³ soruşturulmasına engel olmak için failerin aftan yararlanabilecekleri ileri sürülemez. Bu itibarla meydana gelen ihlalin koşullarını ortaya çıkarmakla ilgili olduğu sürece söz konusu suçlar için af tanınmasının yasaklanması da hakikati bilme hakkıyla bağlantılıdır.⁵⁴

51 BM İnsan Hakları Komisyonu, Bağımsız Uzman Diane Orentlicher, "Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Teşvik Edilmesi ve Korunmasına İlişkin Güncellenmiş Prensipler", 08.02.2005, E/CN.4/2005/102/Add.1, Prensiptir 4.

52 BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, 2005/66 Kararı, "Hakikati Bilme Hakkı", 20.04.2005, E/CN.4/RES/2005/66, başlangıç bölümü.

53 17.07.1998 tarihinde kabul edilen ve 01.07.2002 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü

54 BM İnsan Hakları Komisyonu, Takip Raporu, "Hakikati Bilme Hakkı Üzerine Çalışma", 07.07.2007, A.HRC/5/7..

69.7. Devletin anma ve hatırlama için yazılı delilleri koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunun yanında devlet tarafından ihlallerle ilgili bilgi içeren arşivlere yeterli erişim sağlanmalıdır.⁵⁵

70. Hakikati bilme hakkı henüz spesifik olarak uluslararası bir antlaşmanın konusunu oluşturmamaktadır. Bununla birlikte hakkın temel unsurları uluslararası belgelerde kabul edilmiştir.

70.1. Bazı uluslararası antlaşmalarda hakikati bilme hakkına açık referanslar bulunmaktadır. Örneğin Cenevre Sözleşmeleri Ek I. Protokol⁵⁶ ve Birleşmiş Milletler Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Sözleşme'de zorla kaybedilen kişilerin yakınlarının sevdiklerinin akıbetini ve nerede olduğunu öğrenme hakkı tanınmıştır.

70.2. Birleşmiş Milletler Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Sözleşme ile beraber gündeme gelen en önemli gelişme Sözleşme'nin hakikati bilme hakkını başlı başına bir hak olarak kabul etmesidir. 2010 yılının Aralık ayında yürürlüğe giren Sözleşme mağdurların zorla kaybetme olayının meydana geldiği koşullar, olay hakkında yürütülen soruşturmanın sonuçları ve zorla kaybedilen kişinin akıbeti hakkında hakikati bilme hakkını koruma altına almaktadır. Ayrıca devletlere onarım ve tekrarını engelleme yükümlülüğü yüklemektedir.

70.3. Birleşmiş Milletler'in bağımsız uzmanlar tarafından hazırlanan birçok karar ve raporunda da hakikati bilme hakkına vurgu yapan açık ifadeler bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi ve Genel Kurulu tarafından

⁵⁵ BM İnsan Hakları Komisyonu, Bağımsız Uzman Diane Orentlicher, "Cezasızlıkla MücadeleYoluyula İnsan Haklarının Teşvik Edilmesi ve Korunmasına İlişkin Güncellenmiş Prensipler", 08.02.2005, E/CN.4/2005/102/Add.1, Prensip 3.

⁵⁶ 12.08.1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Kurbanlarının Korunmasına İlişkin 1 No'lu Protokol. Yürürlük tarihi 07.12.1978.

bir bütün olarak ağır insan hakları ihlalleri mağdurlarının, ailelerinin ve toplumun mümkün olan en geniş ölçüde hakikati bilme hakkının tanınmasının uluslararası toplum tarafından teşvik edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁵⁷

71. Hakikati bilme hakkı hem birçok ulusal mahkeme hem de bölgesel yargı organları tarafından verilen kararlarda tanınmıştır.

71.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ağır insan hakları ihlallerinin gerçekleştiğine dair inandırıcı iddiaların bulunması durumunda devletin yeterli bir soruşturma yaparak, hakikati ortaya çıkarma yükümlülüğü olduğunu belirtmektedir.⁵⁸ Bu bağlamda devlet, ağır insan hakları iddialarıyla ilgili soruşturmanın, zamanında ve eksiksiz bir şekilde yürütülmesini ve sorumluların belirlenerek cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte olmasını sağlamalıdır.⁵⁹

71.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre hakikati bilme hakkı şeffaflık, özenlilik, bağımsızlık, erişilebilirlik ve sonuçların açıklanması ilkelerini taşıyan etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğünün arkasındaki amaçtır. Bunun yanı sıra hakikati bilme hakkı toplumun kamu kurumlarına olan güveni yükseltme ve hukukun üstünlüğünü sağlama arzusunu yansıtmaktadır. Söz konusu hak, onarım hakkının bir parçası olarak mağdurların aileleri açısından hakikatin ortaya çıkartılması ve insan hakları hukukunun ciddi şekilde ihlal edildiğinin kabul edilerek, güvence altına alınması için bir araçtır ve tazminat kadar önem taşımaktadır.⁶⁰

⁵⁷ BM İnsan Hakları Komisyonu, 9/11 No'lu Kararı, "Hakikati Bilme Hakkı", 24.09.2008, A/HRC/RES/9/11

⁵⁸ Bkz. Kelly ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 30054/96, Ramsahai ve Diğerleri/Hollanda Kararı, Başvuru No: 52391/99.

⁵⁹ El-Masri/Makedonya Cumhuriyeti Kararı, Başvuru No: 39630/09.

⁶⁰ El-Masri/Makedonya Cumhuriyeti Kararı, Başvuru No: 39630/09, Karşı Görüş Yazısı, parag. 6-7.

71.3. Mahkeme, ayrıca devlet yetkilileri tarafından uzun süre boyunca yakınlarının akıbeti hakkında bilgi vermenin reddedilmesi ve küçümseyen yanıtlar verilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele anlamına geleceğini belirtmiştir.⁶¹

71.4. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü ve hukuki koruma hakkı kapsamında hakikati bilme hakkının korunduğu kabul edilmektedir.⁶²

71.5 Arjantin, Şili ve Kolombiya mahkemelerinde hakikati bilme hakkı uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin Arjantin Yüksek Mahkemesi Julio Hektor Simon Davası'nda insanlığa karşı suçların faillerine koruma sağlayan af kanunlarının Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁶³ Peru'da Anayasa Mahkemesi Villegas Namuche Davası'nda hakikati bilme hakkının doğrudan Anayasa'yla korunan temel hak ve özgürlüklerden biri olduğuna karar vermiştir.⁶⁴ Kolombiya'da Anayasa Mahkemesi Gustavo Galon Giraldo ve Diğerleri Davası'nda yasadışı silahlı grupların tasfiye edilmesine katkıda bulunmak öncelikli olsa da bunun devletin zorla kaybedilenler hakkında hakikati ortaya çıkarma

yükümlülüğünün ortadan kalktığı anlamına gelmediğini belirtmiştir.⁶⁵

Guatemala ve Brezilya gibi bazı devletler vatandaşlarının hakikati bilme hakkını açık bir şekilde tanımıştır. 1994 tarihli Guatemala barış andlaşmaları, Guatemala halkının geçmişte meydana gelen olaylarla ilgili tüm hakikati bilmeye hakkı olduğunu, hakikatin ortaya çıkarılmasının üzücü ve acı olayların tekrarını önlemeye yardımcı olacağını ve Guatemala'nın demokratikleşme sürecine güçlü bir katkı sunacağını belirtmektedir.⁶⁶

61 Janowiec ve Diğerleri/Rusya Kararı, Başvuru No: 55508/07 ve 29520/09.

62 Bkz. Velásquez Rodríguez Kararı, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi. (Ser. C) No. 4 (1988), Myrna Mack Chang Kararı, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (Ser. C) No. 101, 274-75 (2003), Bámaca Velásquez Kararı, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (Ser. C) No. 91, 77 (2002), Barrios Altos Kararı, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (Ser. C) No. 75 (2001).

63 Julio Hektor Simon ve Diğerleri Kararı, Arjantin Yüksek Mahkemesi, 14.06.2005.

64 Genaro Villegas Namuche. Dava No. 2488-2002-HC/TC,18.03.2004

65 Gustavo Gallón Giraldo ve Diğerleri/Kolombiya Davası, Dava No. C-370/2006, 18.03.2006.

66 Guatemala Toplumunun Acı Çekmesine Sebep Olan Geçmiş Dönem İnsan Hakları İhlalleri ve Şiddet Eylemlerini Ortaya Çıkarmak İçin Komisyon Kurulmasına Dair Anlaşma, [Agreement on the Establishment of the Commission to Clarify Past Human Rights Violations and Acts of Violence that Have Caused the Guatemalan Population to Suffer], UNDoc. A/48/954-S/1994/751, 23.07.1994.

Latin Amerika

Deneyimi ve

Hakikati Bilme Hakkı

72. Latin Amerika ülkeleri 1970'li ve 1980'li yıllar boyunca, genellikle güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen ve yargısız infaz, zorla kaybetme, işkence gibi suçları da kapsayan ağır kitlesel insan hakları ihlallerine tanıklık etmiştir.

73. İhlallerin yoğun olarak yaşandığı dönemlerde ve hemen sonrasında yerel mahkemeler bu suçların soruşturulması ve yargılanması için gerekli olan iradeyi gösterememiştir. Askeri rejimlerin ardından iktidara gelen sivil hükümetler söz konusu ihlallerin yargılanmasını ve tekrarının engellenmesini sağlamak için gerekli olan yasal düzenlemeleri yapmakta isteksiz davranmış ve bu alanda ilerleme kaydedilmesi uzun zaman almıştır.

74. Geçmişte yaşanan ağır insan hakları ihlallerinin önündeki siyasi ve hukuki engellerin kaldırılması için zorla kaybedilen kişilerin aileleri, hukukçular, insan hakları savunucuları ve gazeteciler yerel mahkemeler önündeki hakikat ve adalet taleplerini ileri sürmeye devam etmişler ve bölgedeki kanun koyucuların ve mahkemelerin perspektifini değiştirmişlerdir.

75. Gerek toplumdan gelen hakikatlerin ortaya çıkarılması talebi gerek yerel mahkemelerin, uluslararası mahkeme içtihatlarına ve uluslararası insan hakları hukukuna ve uluslararası insani hukuka kararlarında yer vermeye başlamaları tüm dünyada geçmişte yaşanan ağır insan hakları ihlalleriyle henüz yüzleşmemiş ülkeler için rehber oluşturacak bir doktrin ve içtihatlar bütünü ortaya çıkmasını sağlamıştır.

76. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin geçmişte yaşanan ağır insan hakları ihlalleri ile ilgili belirlediği prensipler yerel mahkemelerin kararlarında büyük değişikliklere yol açmıştır.

77. Gerek ulusal gerek uluslararası kuruluş ve sivil toplum örgütlerinin bu yargılamalara *amicus curiae* sıfatıyla sundukları hukuki mütalaalar söz konusu prensiplerin belirlenmesinde ve yerel mahkeme kararlarında önemli rol oynamıştır.

78. Latin Amerika'daki ulusal ve uluslararası mahkeme içtihatlarının zorla kaybetme suç bağlamında ve bu suçun hakikati bilme hakkı ile ilişkisi çerçevesinde ele alınması, Türkiye'deki yargılamalar için bir rehber niteliği taşıyacaktır.⁶⁷

79. Latin Amerika ülkeleri içtihatlarında mağdurların, mağdur yakınlarının ve tüm toplumun hakikati bilme hakkına vurgu yapılmaktadır.

80. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirgin bir etkisi olsa da bu içtihatlar demokratik bir toplumun temel öğelerinin yanı sıra anayasal normlara ve uluslararası hukuk kurallarına dayanmaktadır.

81. Peru Anayasa Mahkemesi hakikati bilme hakkı ve zorla kaybetme suç bağlamında şu tespitleri yapmaktadır:

Toplumlar, devlet veya devlet dışı şiddetin sayısız biçimiyle vuku bulan haksız ve acı verici olay ve olgular hakkında hakikati bilme hakkına sahiptir. Bu hak, olayların gerçekleştiği zamanın koşullarını, gerçekleştirilme yöntemini, yerini ve failerin eylemlerinin ardındaki saikleri açığa çıkarmaya imkân sağlar. Bu anlamda hakikati bilme hakkı vazgeçilemez kolektif bir menfaattir.

Kolektif boyutunun yanı sıra hakikati bilme hakkının, mağdurlara ve mağdurların yakınları ile ailelerine tekabül eden bireysel bir boyutu da bulunmaktadır. İnsan hakları ihlallerinin gerçekleştirildiği koşulları ve ölüm ya da kayıp

67 Bu metindeki yerel mahkeme içtihatları Washington merkezli Due Process of Law Foundation'ın "Latin Amerika'nın Uluslararası Suçlara Dair İchtihatlarından Seçmeler" isimli çalışmasından alınarak tercüme edilmiştir. Due Process of Law Foundation, [Digest of Latin American Jurisprudence on International Crimes], 2010.

halinde mağdurların akıbetini bilme hakkı doğası gereği **zamanaşımına tabi değildir**.

Bu ağırlıkta bir suçtan doğrudan ya da dolaylı olarak zarar gören bireyler – **suçun işlenmesinden sonra oldukça fazla zaman geçmiş olsa bile** – diğer şeylerin yanı sıra (inter alia) failin kimliğini, suçun işlendiği zamanı yeri, nasıl gerçekleştirildiğini, neden gerçekleştirildiğini ve cenazenin nerede olduğunu bilme hakkına daima sahiptirler.

Hakikati bilme hakkı sadece Peru Devleti'nin uluslararası yükümlülüklerinden değil, aynı zamanda devletin tüm hakları özellikle de insan onuruyla ilgili olanları koruma yükümlülüğünü düzenleyen Siyasal Anayasası'nın bizzat kendisinden doğar ki bu gereğince açıklığa kavuşturulmamış olsa da kurumların salt varlığına etkileyebilecek tarihsel bir durumdur.

Hakikati bilme hakkı anayasamızın terminolojisinde açıkça yer almamış olsa da bu hak her şeyden önce devletin temel hakları garanti altına alma ve hukuki koruma sağlama yükümlülüğünden doğan ve **bütünüyle korunan bir hak**tir. Bununla birlikte **Anayasa Mahkemesi, mümkün olan en makul ölçüde ve en güncel özel durumlarda, mevcut Anayasa'nın emrettiği gibi ve devletin demokrasisini güçlendireceği için, insan haklarına saygıyı ve korumayı arttıracak zımni anayasal haklar geliştirilmesi gerektiği görüşündedir**.

Anayasa Mahkemesi, hakikati bilme hakkı her ne kadar yaşam hakkı, özgürlük hakkı ya da kişisel güvenlik hakkı gibi temel hakları kapsıyor olsa da bu hakkın aynı zamanda tanınmasıyla korunan menfaat ve erekten (telos) kaynaklanan **kendi başına özerk bir karakteri, onu ilgili diğer haklardan ayıran kendine özgü bir mahiyeti olduğuna inanmaktadır**.

Mağdurların uğradığı zarar, sadece yaşam hakkı, özgürlük hakkı ve kişisel bütünlük hakkı gibi önemli bir hukuki menfaatin çiğnenmesi değil **aynı zamanda işlenen suçların mağdurlarının başına gerçekten ne geldiğinin umursanmadığı**

bir durumun ortaya çıkması olduğu için hakikati bilme hakkı doğrudan insan onurunun korunması ilkesinden doğmaktadır. Sevilen bir kişinin başına ne geldiğini veya cenazesinin nerede olduğunu gizlemek, kuşkusuz insan onurunu ve ruhunu en ustaca üstü örtülmüş ama yine de en gaddar yöntemle zarara uğratmaktadır.

Bunlara ek olarak, **kolektif boyutuyla hakikati bilme hakkı demokratik ve sosyal hukuk devletinin ve devletin yönetim şekli olan cumhuriyetin ilkelerinin açık bir tezahürüdür** çünkü bu hakkın kullanılması kamu gücünün kullanılmasıyla ya da yasadışı suç örgütlerinin eylemleriyle ne derece yozlaşabileceğimizi anlamamızı sağlar.

Neler yaşandığının bilinmesinin yanı sıra işlenen suçların cezasız kalmadığını bilmek de hepimizin ortak talebidir. İnsan hayatının korunması ve insan onuruna saygı duyulması demokratik ve sosyal bir hukuk devletinin temel özelliğe ise, o halde hakikati bilme hakkının ihlali sadece mağdurlara ve mağdur yakınlarına değil aynı zamanda Peru halkını da zarar vermektedir.

[...] Bu bağlamda devlet, sadece elinde bulundurduğu belgeleri mağdur yakınlarının erişimine açmak değil fakat aynı zamanda bildirilen olayları soruşturmak ve doğrulamak anlamına da gelen, özel bir soruşturma ve bilgilendirme yükümlülüğü altındadır.⁶⁸

82. Arjantin Federal Ağır Ceza Mahkemesi soykırım suçuyla ilgili bir kararında hakikati bilme hakkına dair şunları belirtmiştir:

Yargılaması devam eden bu dava gibi davalarda 'uzlaşma' veya 'geleceğe bakma' ihtiyacı ve 'geçmişte kalanları karıştırmamanın' beyhudeliğine dair sıkça aksettirilen imalar, 'hakikat sağlayıcı' [...] ve her şeyden önce gelecek kıyımları önlemek ve ilk adım olarak bir tür onarım sağlamak için belleğin inşa edilebileceği tek vasıta olan hukuk kavramına taban tabana zıttır[...] Önümüzdeki

⁶⁸ Maria Emilia Villegas Namuche tarafından sunulan habeascorpus hakkında Karar - 2488-2002 Kayıt- HC/TC, Olağanüstü Temyiz, Peru Anayasa Mahkemesi, 18 Mart 2004.

davaları bu şekilde ele alır ve kapsayıcı bir hukuki çerçevede değerlendirirsek, soruşturma altındaki bu eylemleri uygun bağlamlarına yerleştirebiliriz ve böylece çok iyi bilinen Velásquez Rodríguez kararında belirlenen yükümlülüklerle uyumlu bir biçimde soruşturmaları ciddiyetle ele alır ve sadece bir formalite olarak görmeyiz. Bütün bunlar ayrıca **kolektif bir hafıza oluşturmanın ve başka katliamların önlenmesinin temel taşı olan hakikati bilmek üzerine kurulu bir gelecek inşa etmenin parçasıdır.**⁶⁹

83. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ise hakikati bilme hakkının getirdiği yükümlülükler hakkında şunları belirtmiştir:

[...] Hakikati bilme hakkının özünde bulunan pozitif yükümlülükler, bu hakkın en uygun, katılımcı ve eksiksiz şekilde yerine getirilmesini sağlayacak kurumsal yapıların benimsenmesini gerektirir. Bu yapılar kendilerini asılsız bırakacak hukuksal ya da pratik engeller getirmemelidir. Hakikati bilme hakkının kolektif boyutunun karşılanabilmesi için ulaşılabilen en eksiksiz tarihsel kayıtların hukuki analizine ihtiyaç vardır. Bu tespit, ortak eylem biçimlerinin de belirlenmesini içermeli ve çeşitli yollarla ihlallerde yer alanları ve bu ihlallere karşılık gelen yükümlülükleri de tanımlamalıdır.

Dahası, **soruşturmalar devlet tarafından mağdurların ya da yakınlarının hukuki süreçleri başlatmasına ya da özel kişilerin delil sunmasına bağlı olan kişisel menfaate dayalı yüzeysel incelemeler olarak değil, bizzat kendi hukuki yükümlülüğü olarak ele alınmalıdır.**⁷⁰

69 Circuito Kampları ve Diğerleri Davası (MiguelOsvaldoEtchecolatz) - Etchecolatz, MiguelOsvaldo - (Davalı), Dava No. 2251/06, (La Plata) Federal Ağır Ceza Mahkemesi, 19 Eylül 2006

70 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Rochela Katliamı/Kolombiya Davası, 11 Mayıs 2007.

İNSANLIĞA KARŞI

SUÇ BAĞLAMINDA

ZORLA KAYBETMELER

Zamanaşımı

İşlemeyeceği Kuralı

84. Uluslararası hukuka göre devletlerin, savaş zamanında olduğu gibi barış zamanında da zorla kaybetme ve yasadışı keyfi infazlar gibi suçları kendi vatandaşlarına karşı işlemesinin yaygın bir pratik haline gelmesi ve böylece uluslararası insan hakları belgelerinin tanıdığı temel hak ve özgürlüklerin ağır ve geniş ölçekte ihlali “insanlığa karşı suç” teşkil etmektedir.

85. Birleşmiş Milletler Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Sözleşme'nin 1. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği gibi savaş hali, savaş tehdidi, iç siyasi karışıklık veya herhangi bir olağanüstü hal dahil olmak üzere **hiçbir gerekçe zorla kaybetme suçu bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil edemez.**

86. Bilindiği gibi “insanlığa karşı suç” kavramının kapsam ve şartlarını Nürnberg Mahkemesi Şartı, Birleşmiş Milletler Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü gibi birçok hukuki belgede yol gösterici şekilde bulmak mümkündür. Genel hukuk kaynakları arasında yer alan bu hukuki belgelerin uygulanmasına ilişkin pek çok örnek içtihat da birikmiştir.

87. Bu bağlamda ister savaş isterse barış zamanında olsun kasten öldürme, zorla kaybetme, kıyım, köleleştirme, sürgün, işkence, hapis, tecavüz, politik, ırki, dini nedenlerle zulüm ve benzeri gayri insani fiillerin genel olarak insanlığa karşı suç kategorisinde olduğu açık ve nettir.

88. Bilindiği gibi 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda yer almasa da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu “insanlığa karşı suçlar” düzenlemesine yer vermiştir.

88.1. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesinde kasten öldürme, kasten

yaralama, işkence, eziyet veya köleleştirme, kişi hürriyetinden yoksun kılma, bilimsel deneylere tâbi kılma, cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı, zorla hamile bırakma, zorla fuhşa sevk etme suçları uluslararası düzenlemelere paralel şekilde “insanlığa karşı suçlar” olarak tanımlanmıştır.

88.2. Aynı hükmün 4. fıkrasında bu suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalara **zamanaşımı işlemeyeceği belirtilmiştir.**

89. Uluslararası genel hukuk kaynakları ve bağlayıcı sözleşmeler karşısında suç tarihi dikkate alınarak ve lehe kanun olması itibarıyla bireysel başvuru konusu olaya 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun tatbik edilmesi ve bu sebeple olaya tekil öldürme suçlarını düzenleyen 450. maddesinin uygulanması suretiyle zamanaşımı ve takipsizlik kararı verilmesi hukuka uygun değildir.

90. Anayasa'nın 90/5. maddesinde yer alan normlar hiyerarşisi uyarınca usulünce yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olduğuna ve usulünce yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınması gerektiğine göre yukarıda açıklanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gereği zamanaşımı nedeniyle takipsizlik kararı verilmesi iç hukuka ve uluslararası sözleşme hükümlerine aykırıdır.

91. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez” hükmünü taşıyan 7/1. maddesine hukukun genel ilkeleri doğrultusunda istisna getiren 7/2. maddesine göre; “Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir”. Aynı şekilde, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin “Hiç kimse, işlendiği zamanda ulusal ya da uluslararası

hukuk bakımından suç sayılmayan bir fiil ya da ihmal yüzünden suçlu sayılamaz" hükmünü taşıyan 15/1. maddesine hukukun genel ilkeleri doğrultusunda istisna getiren 15/2. maddesi uyarınca; "Bu maddenin hiçbir hükmü, işlendiği sırada uluslar topluluğunun kabul ettiği genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil ya da ihmal yüzünden bir kimsenin yargılanmasını ya da cezalandırılmasını engellemez." Bu hükümler, yargı makamları bakımından kesin ve bağlayıcıdır, bu nedenle bu soruşturmalara zamanaşımı uygulanamaz.⁷¹

Latin Amerika

Yargılamalarında

İnsanlığa Karşı

Suçlar Kavramı ve

Zamanaşımı

İşletilemeyeceği Kuralı

92. Latin Amerika'daki ulusal ve uluslararası mahkeme içtihatlarının zorla kaybetme suçunu bağlamında ve bu suçun insanlığa karşı suçlar ile ilişkisi çerçevesinde ele alınması, Türkiye'deki yargılamalar için bir rehber niteliği taşıyacaktır.

93. Latin Amerika mahkemeleri içtihatlarında, ilgili uluslararası içtihatlarla da uyumlu olarak, insanlığa karşı suçların diğerlerinin yanı sıra (*inter alia*) yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, ruhsal/cinsel özgürlük ve fiziksel bütünlük hakkı gibi temel hakları korumaya odaklandığı belirtilir. Bu içtihatlarda ayrıca, bu suçlarla verilen hasarın ağırlığı ve mağdurlar, yakınları ve toplum açısından menfur sonuçları da tanımlanır.

94. İnsanlığa karşı suçların uluslararası tanımı ve gelişimi ile ilgili tarihsel arka plana yer verilirken, kritik bir faktör olarak bu suçların özünde bulunan zalimaneliğin onları savaş suçlarından ayırdığı ve ister savaş ister barış zamanında işlensinler, sistematik ya da yaygın olarak işlenmelerinin insanlığa karşı suç olarak tanımlanmaları için yeterli olacağı belirtilir.

95. Kolombiya Anayasa Mahkemesi insanlığa karşı suçların uluslararası suçlar olarak tanımlanmasının tarihsel gelişimine değindiği ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nü anayasal açıdan değerlendirdiği bir kararında şunları aktarmaktadır:

İnsanlığa karşı suçlar kavramı, yaygın ya da sistematik olarak işlenen pek çok zalimane fiili kapsayacak şekilde gelişmiştir ki aslında bu suçlar

⁷¹ Bkz. Öznur Sevdiren, "Bir Uluslararası Ceza Hukuku Problematikliği Olarak Zorla Kaybetme Suçunun Ulusal Hukukta Tanınması ve Zamanaşımı Meselesi", *Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu* içinde, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 62 - 99.

teamüle tabidir ve yüzyıllardır uluslararası hukuk tarafından yasaklanmaktadır. Başlangıçta savaş suçları ve barışa karşı suçlar ile bu suçlar arasında bir bağ kurma ihtiyacı hissedilmiş olsa da bu koşul kademeli olarak ortadan kalkmıştır.

[...] Günümüzde kullanılan insanlığa karşı suç kavramı ilk kez Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nün 6(c) maddesinde yer almıştır [...]. Nazi suçlulara atfedilen suçlardan pek çoğu Lahey Kuralları'na göre savaş suçları olsa da cezai sorumluluğu, sivillere karşı suç işleyen yüksek rütbeli Nazi görevlilerine dek genişletebilmek için yeni bir kategori olan insanlığa karşı suçlar kavramına ihtiyaç duyulmuştur.

Bu yeni suç kategorisinin oluşturduğu temel sorun kanunilik ilkesinin sıkı bir şekilde uygulanmasına bağlı olarak Müttefiklerin kanunların geriye yürümezliği ilkesine aykırı (ex post facto) kararlar vermekle suçlanabilecek olmalarıydı. Savaş suçları ve barışa karşı suçlar ile kurulan bağlantı tamamen böyle bir ithamdan kaçınmak içindi. Cezai sorumluluğun genişletilmesi, savaş suçlarına ait bazı hükümlerin sivillere ve korunan diğer kişilere uygulanabilir olmasına dayanıyordu ki bu da ancak Nürnberg Mahkemesi'nin yargılama alanında yer alan savaş suçları ve barışa karşı suçlarla bir bağ kurulursa gerekçelendirilebilirdi.

Müttefik Kontrol Konseyi 10 Numaralı Kanun'a dayanarak kendi işgal alanlarında pek çok Alman devlet görevlisini ve askeri insanlığa karşı suçlardan yargıladı, fakat insanlığa karşı suçlar ile savaşın başlangıcı ve savaş suçları arasında herhangi bir bağ kurma gereği duymadı. [...] Çünkü pek çok Nazi yargılamalardan kurtulabilmek için saklanıyordu ve pek çok devlet 1950'lerde başladıkları yargılamaları on yıllarca açık tuttu. Örneğin, Fransa 1980'lerde ve 1990'larda Klaus Barbie ve Paul Touvier'ı insanlığa karşı suçlardan yargıladı.

İkinci Dünya Savaşı bağlamının dışında, başka devletler de insanlığa karşı zalimane suçları soruşturdu. Mesela Letonya ve Estonya emniyet görevlilerini öldürme, işkence ve zorla

sınır dışı etmeden yargılarken, Etiyopya'da Dergue rejimi liderleri insanlığa karşı zalimane suçlar işlemekten mahkemeye çıkarıldı.

İnsanlığa karşı suçlar ile savaş suçları arasındaki bağlantının kaldırılmasına dair bir öneri Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar Bakımından Zamanaşımı Kurallarının Uygulanmayacağına Dair Sözleşme'nin görüşmeleri sırasında ileri sürüldü. Nihayetinde bu tür suçların 'hem savaş hem barış zamanında' işlenebileceğine dair bir tanım kabul edilse de tüm çabalara rağmen savaş ile bu suçlar arasındaki bağlantı tamamen ortadan kaldırılamadı. Bu bağlantı Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde korunmuş olsa da Ruanda Mahkemesi Statüsü'nde yer almadı. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nde bu suçların silahlı çatışma ile bağlantısı tamamen ortadan kaldırıldı.

Uluslararası hukuk geliştikçe ve konsolide edildikçe Birleşmiş Milletler Genel Kurulu insan haklarının korunmasına dair, belli fiillerin kabul edilemeyeceği hususunda uluslararası uzlaşmayı giderek sağlamlaştıran pek çok beyanname kabul etti [...]

Bunun örneklerinden biri, 1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme gibi bağlayıcı dokümanlarla düzenlenen ırk ayrımcılığının yasaklanmasıdır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 1973 yılında, insanlığa karşı suç politikaları ve bir ırksal grubun bir diğeri üzerinde tahakküm ve baskı oluşturmak amacıyla uyguladığı ırk ayrımcılığı uygulamaları olarak karakterize edilen Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme'yi kabul etmiştir. Bu suç Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün 7(j) maddesinde insanlığa karşı suç kabul edilen fillerden biri olarak açıkça yer almaktadır.

Pek çok insan hakları sözleşmesinde yasaklanan işkence suçu bağlamında da benzer bir süreç yaşanmıştır. Birleşmiş Milletler İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme'de [...] ve Amerikalılar Arası İşkencenin Önlenmesi ve

Cezalandırılması Sözleşmesi uluslararası bir suç olarak tanımlanmıştır [...]

Cezalandırılmasında uluslararası toplumun yararı bulunan ve insanlığa karşı suç kabul edilen fiiller listesi zorla kaybetmeler ve yargısız infazları kapsayacak şekilde bugüne dek genişlemiştir [...]⁷²

96. Uruguay Ceza Mahkemesi "Condor Plan" Davası'nda insanlığa karşı suçları şöyle tanımlamıştır:

Her biri muhtelif insan hakları ihlallerinden oluşan ve fiili (de facto) hükümet tarafından devlet terörü bağlamında sistematik, yaygın ve planlı bir şekilde işlenen – zorla kaybetme, öldürme, işkence, siyasi ve sosyal hakları, çalışma haklarını, ifade ve seyahat özgürlüğünü kısıtlamayı veya ortadan kaldırmayı da kapsayan – bu suçlar, uluslararası hukukun 'insanlığa karşı suçlar' olarak tanımladığı uygulamalardır. Bu suçlar hiçbir zamanaşımı kuralına tabi olmadığı gibi tüm devletler bu suçları soruşturmakla yükümlüdür.

Nürnberg Statüsü'ndeki tanımında donup kalmak yerine, 'insanlığa karşı suç' kavramı gelişmeye, değişmeye ve özikleşmeye devam etmiştir. **En belirgin özellikleri ise zamanaşımı kurallarının ve af yasalarının bu suçların faillerine uygulanmaması ve bu suçların faillerinin sığınma ve iltica prosedürlerinden yararlanamamasıdır. Uluslararası hukukun genel ilkelerinden biri ve jus cogens sayılan bir kural olarak, insanlığa karşı suçların faillerinin yargılanmasını sağlamak, evrensel bir zorunluluk olarak sağlamaştırılmıştır.**

[...] İnsanlığa karşı suçların varlığı son yirmi otuz yıldır ortaya çıkan içtihat ve normların gelişimi ile kabul edilmiştir. [...] **Bu gelişim çerçevesinde, ulusal güvenlik doktrini tarafından ideolojik**

72 Dava No: C-578/02, Dosya No: LAT-223, Başkan Eduardo Cifuentes Muñoz, Kolombiya Anayasa Mahkemesi, 30 Temmuz 2002.

olarak yönlendirilen sistemli işkence, zorla kaybetme ve öldürme fiilleri 'insanlığa karşı suç' teşkil eder.⁷³

97. Arjantin Yüksek Mahkemesi'nde görülmekte olan Enrique Lautaro Arancibia Clavel Davası'nda zamanaşımının uygulanması ile ilgili Şili Hükümeti'ni temsilen sunulan kişisel suç isnadı dilekçesinde kavram şöyle ele alınmıştır:

Soykırım, işkence, kişilerin zorla kaybedilmesi, (kasten) öldürme gibi suçlar ile siyasi muhaliflere zulmetme ve onları ortadan kaldırma amacı taşıyan diğer tüm fiiller –ki bu fiiller arasında bu tür suçları işlemek için özel olarak kurulan bir gruba üye olmayı da saymak gerekir– insanlığa karşı suçlar olarak addedilebilir, çünkü Anayasa'nın 118. maddesinde de ortaya konduğu üzere, bu fiiller milletlerarası hukuk kurallarını (jus gentium norms) ihlal etmektedir.

98. Bu doğrultuda, Arjantin Yüksek Mahkemesi 1974-1978 yılları arasında insanlığa karşı suçların uluslararası teamül hukukunda yer aldığına ve dolayısıyla bu tarihte işlenen suçlar için iç hukukta bu suçlar o tarihte tanımlanmamış olsa dahi zamanaşımı kanunlarının uygulanamayacağına karar vermiştir.⁷⁴

99. Peru Yüksek Mahkemesi eski Peru Başkanı Alberto Fujimori'nin yargıldığı Barrios Altos, La Cantuta ve SIE Bodrumları kararlarında insanlığa karşı suç kavramının öğelerini şöyle sıralamıştır:

[...] Özellikle uluslararası dokümanlarda ve mahkeme kararlarında belirtilen gerekli koşullar şunları içerir:

73 "Condor Plan" Davası (José Nino Gavazzo Pereira), Uruguay Ceza Mahkemesi, 2009.

74 Arancibia Clavel, Enrique Lautaro Davası, Arjantin Yüksek Mahkemesi, 2004.

(i) failin statüsü (kamu gücüne sahip bir birim ya da bir bölgede fiili hâkimiyeti elinde bulundurduğu kabul edilen bir suç örgütü),

(ii) suçun mahiyeti (organize ve yaygın ya da sistematik fiiller – buradaki “yaygın” ifadesi niceldir ve mağdurların sayısını vurgular, “sistematik” sıfatı ise sistemli bir planı ifade eder

(iii) suçun işlendiği ortam (iç ya da dış çatışma) ve (iv) mağdurların konumu ve özellikleri (sivil halk ve savunmasızlık).⁷⁵

100. Ancak yine aynı kararında Peru Yüksek Mahkemesi insanlığa karşı suçların yaygın ya da sistematik olma özelliği ile ilgili şunları belirtmiştir:

Austin, Texas Üniversitesi'nin sunduğu amicus curiae'de Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Prosecutor/Blaskic kararından alıntılanarak belirtildiği gibi [...] – sanığın suçlandığı belirli fiiller değil – sadece saldırı, yaygın ya da sistematik olmalıdır; dahası yine aynı metinde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 26 Eylül 2006 tarihli Monacid Arellano/Şili kararından alıntılanarak belirtildiği gibi, tek bir saldırı dahi yaygın ya da sistemli bir saldırı bağlamında gerçekleştirildiği takdirde, insanlığa karşı bir suç ortaya çıkması için yeterlidir.⁷⁶

⁷⁵ Barrios Altos, La Cantuta ve SIE Bodrumları Davaları (Alberto Fujimori) – Dosya: A.V. 19-2001, Özel Ceza Dairesi, Lima Yüksek Mahkemesi, 7 Nisan 2009.

⁷⁶ A.g.e.

Latin Amerika

Yargılamalarında

İnsanlığa Karşı Bir Suç

Olarak Zorla Kaybetme

Suçu ve Devam Eden

(Kesintisiz) Bir Suç Olarak

Kaçırma ve Alıkoyma

(Hürriyeti Tahdit) Suçu

101. Latin Amerika ülkeleri mahkemelerinin zorla kaybetme suçu konusunda belirleyici kabul ettikleri ve uyguladıkları içtihatla emsal kabul edilen ilk karar Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1989 tarihli Velásquez Rodríguez/Honduras kararıdır. Bu kararda Mahkeme zorla kaybetme suçunun insanlığa karşı bir suç sayılması için gerekli olan tüm öğeleri mevcut dava açısından incelemiştir. Mahkemenin bu husustaki kararı⁷⁷ şöyledir:

İnsan hakları ihlalleri tarihinde kaybetmeler yeni değildir. Ancak, sistematik ve tekrarlanan mahiyette ve sadece belli şahısların geçici ya da kalıcı olarak kaybolmasını sağlamak için değil, aynı zamanda genel bir ıstırap, güvensizlik ve korku ortamı yaratma aracı olarak kullanılmaları yeni bir olgudur. Bu uygulama hemen hemen tüm dünyada var olsa da son yıllarda Latin Amerika'da olağanüstü yoğunlukta gerçekleşmektedir.

Kaybedilme olgusu, insan hakları ihlallerinin karmaşık bir şeklidir ve bütünsel bir şekilde anlaşılması ve ele alınması gerekmektedir.

29 Şubat 1980 tarihli ve 20 numaralı Karar'la (XXXVI) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu'nun oluşturulması,

⁷⁷ Velásquez Rodríguez/Honduras Davası, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 29 Temmuz 1988, s. 147-148.

zaten Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda (20 Aralık 1978 tarihli 33/173 numaralı Karar), Ekonomik ve Sosyal Konsey'de (10 Mayıs 1979 tarihli ve 1979/38 numaralı Karar) ve Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu'nda (5 Eylül 1979 tarihli ve 5B (XXXII) numaralı Karar) tüm dünyanın dikkatini çekmiş olan zorla kaybetme uygulamasının genel olarak kınandığının ve reddedildiğinin bir göstergesidir.

İnsan Hakları Komisyonunun raportörlerinin ve özel temsilcilerinin raporları, kaybetme fiillerinin son bulması, mağdurların ortaya çıkarılması ve sorumluların cezalandırılması ile ilgilidir.

Amerikalılar Arası sistemde, Amerika Devletleri Örgütü (OAS) Genel Kurulu defalarca zorla kaybetme fiillerine dikkat çekmiş ve kaybetmelerin soruşturulması ve bu uygulamaların durdurulması için çağrıda bulunmuştur.⁷⁸

Her ne kadar Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerce uygulanabilir olan ve bu terminolojiyi kullanan bir anlaşma mevcut değilse de uluslararası uygulama ve doktrin kaybetmeleri genellikle insanlığa karşı suçlar olarak tanımlamaktadır. OAS Genel Kurulu da 'bu uygulama zalimane ve insanlık dışıdır, hukukun üstünlüğü ile alay etmektedir ve keyfi gözaltı yasağı ve kişisel sağlık ve güvenlik hakkını güvence altına alan normları baltalamaktadır' açıklamasında bulunmuştur. (AG/RES.742)

Kuşkusuz her devletin güvenliği sağlama hakkı ve yükümlülüğü vardır. Tartışmasız tüm toplumlar hukuk düzenlerinde bazı eksikliklerden muzdariptir. Ancak, bazı fiillerin ciddiyetine ve bazı suçların

78 (31 Ekim 1979 tarihli AG/RES.443 (IX-0/79) sayılı Karar; 27 Kasım 1980 tarihli AG/RES.510 (X-0/80) sayılı Karar; 20 Kasım 1982 tarihli AG/RES.618 (XII-0/82) sayılı Karar; 18 Kasım 1983 tarihli AG/RES.666 (XIII-0/83) sayılı Karar; 17 Kasım 1984 tarihli AG/RES.742 (XIV-0/84) sayılı Karar ve 14 Kasım 1987 tarihli ve AG/RES.890 (XVII-0/87) sayılı Karar; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonunun 1978 tarihli yıllık raporu, s.24-27; 1980-1981 Yıllık Raporu, s. 113-114; 1982-1983 Yıllık Raporu, s. 46-47; 1985-86 Yıllık Raporu, s. 37-40; 1986-1987 Yıllık Raporu, s. 277-284 ve pek çok Ülke Raporu (Arjantin -1980, Şili 1985, Guatemala 1985))

faillerinin kusurları her ne olursa olsun, devletin yetkisi sınırsız değildir ve amaçlarına ulaşmak için her türlü yola başvuramaz. Devlet hukuk ve etiğe tabidir. İnsan onuruna saygısızlık devletin hiçbir eylemine esas teşkil edemez.

İnsanların zorla kaybedilmesi, Taraf Devletlerin uymak ve güvence altına almakla yükümlü oldukları pek çok Sözleşme maddesinin çoklu olarak ihlalini oluşturmaktadır. Bir kişinin kaçırılması, kişi özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakılması, tutuklanan kişinin gecikmeksizin yargı önüne çıkarılma ve tutuklanmasının hukuka uygunluğunun denetlenmesi için elverişli usullere başvurma hakkının ihlal edilmesi demektir ki tüm bunlar Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kişisel özgürlük hakkını tanıyan 7. maddesinin ihlalini oluşturmaktadır [...].

[...] Bu uygulamalar, dolayısıyla, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kişisel bütünlük hakkını tanıyan 5. maddesinin ihlalini oluşturmaktadır [...]. Ayrıca Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesinde tanınan yaşam hakkının açıkça ihlalini oluşturmaktadır [...].

Kaybetme uygulaması, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yukarıda bahsi geçenler gibi pek çok maddesini doğrudan ihlal etmesinin yanı sıra, insan onuru kavramı ve Amerikalılar Arası sistemin ve Sözleşme'nin en temel prensiplerinden doğan değerlerin büsbütün terk edildiğini gösterir ki bu da Sözleşme'nin esaslı bir şekilde ihlalini oluşturur.⁷⁹

102. Mahkeme aynı davada kanıtlanmış kabul ettiği gerçeklere dair şunları belirtmiştir:

(i) 1981-1984 yılları arasındaki dönemde Honduras Cumhuriyeti'nde 100 ile 150 kişi kaybolmuştur ve bu kişilerden bir daha haber alınamamıştır. (Miguel Angel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Efraín Díaz Arrivillaga, Florencio Caballero'nun tanık ifadeleri ve gazete kupürleri)

(ii) Bu kayıplar, mağdurların, sivil giyimli, maskeli

79 Velásquez Rodríguez/Honduras Davası, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 29 Temmuz 1988, s. 149-159.

ve silahlı, fütursuzca davranan ve ya plakasız ya da sahte plakalı ve hiçbir resmi işaret taşımayan araçlar kullanan adamlarca, genellikle güpegündüz ve halka açık yerlerden zorla kaçırılmaları ile başlayan benzer bir seyir izlemektedir. (Miguel Angel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Efraín Díaz Arrivillaga, Florencio Caballero'nun tanık ifadeleri ve gazete kupürleri)

(iii) Bu kaçırmaların askeri personel ya da polis ya da onların emri altında hareket eden kişilerce gerçekleştirildiği Honduras'ta kamuya mal olmuş ve yayılmış bir bilgidir. (Miguel Angel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Efraín Díaz Arrivillaga, Florencio Caballero'nun tanık ifadeleri ve gazete kupürleri).

(iv) Özellikle aşağıda belirtilen ilgili koşullar göz önünde bulundurulduğunda Mahkeme kaybedilmelerin sistematik bir şekilde gerçekleştirildiğine karar vermiştir:

(a) Mağdurlar genellikle Honduras devlet görevlilerinin devlet güvenliğine karşı tehlike oluşturduğunu düşündükleri kişilerdir. (Miguel Angel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Efraín Díaz Arrivillaga, Florencio Caballero, Virgilio Carías, Milton Jiménez Puerto, René Velásquez Díaz, Inés Consuelo Murillo, José Gonzalo Flores Trejo, Zenaida Velásquez, César Augusto Murillo'nun tanık ifadeleri ve gazete kupürleri) Bunun yanı sıra mağdurlar genellikle uzun süre boyunca gözetim altında tutulan kişilerdir. (Ramón Custodio López ve Florencio Caballero'nun ifadeleri)

(b) Kullanılan silahlar ordunun ve polisin kullanımı için ayrılmış silahlardır ve kullanılan araçlarda özel bir resmi izin gerektiren renkli camlar bulunmaktadır. Bazı vakalarda devlet görevlileri gözaltıları hiçbir bahaneye ya da kılık değiştirmeye gerek duymadan alenen gerçekleştirmekte; bazılarındaysa devlet yetkilileri kaçırmaların gerçekleştirildiği bölgeyi temizlemekte ve kaçırılanlar hiç olmazsa bir kez devlet görevlileri tarafından durdurulduğunda kimliklerini göstererek yollarına özgürce devam edebilmekteydi. (Miguel Angel Pavón Salazar, Ramón Custodio López ve Florencio Caballero'nun ifadeleri)

(c) Kaçıranlar mağdurları gizli ve gayri resmi gözaltı merkezlerine götürmekte ve onları bir merkezden diğerine taşıymaktaydılar. Mağdurları sorgulamakta ve onları zalimane ve aşağılayıcı muameleye tabi tutmakta ve işkence yapmaktaydılar. Bazı mağdurlar en sonunda öldürülmekte ve gizli mezarlıklara gömülmekteydiler. (Miguel Angel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Florencio Caballero, René Velásquez Díaz, Inés Consuelo Murillo ve José Gonzalo Flores Trejo'nun ifadeleri);

(d) Bu durum kayıpların yakınları, avukatlar ve insan haklarını korumakla ilgilenen kişi veya kuruluşlar ya da hakim önüne çıkarma müzakerelerini (writs of habeas corpus) uygulamakla yükümlü hakimler tarafından sorgulandığında, yetkililer sistematik bir biçimde gözaltılar hakkında ya da mağdurların yerleri ve akıbetleri hakkında bir bilgiye sahip olmadıklarını iddia etmekteydiler. Bu tutum, daha önce sistematik biçimde onları tuttuğunu ya da akıbetlerini bildiğini reddeden aynı yetkililerin elinde daha sonra yeniden ortaya çıkan kişiler söz konusu olduğunda dahi değişmemekteydi. (Inés Consuelo Murillo, José Gonzalo Flores Trejo, Efraín Díaz Arrivillaga, Florencio Caballero, Virgilio Carías, Milton Jiménez Puerto, René Velásquez Díaz, Zenaida Velásquez, César Augusto Murillo'nun ifadeleri ve gazete kupürleri)

(e) Ordu ve polis görevlilerinin yanı sıra yürütme ve yargı alanındaki yetkililer de ya kaybedilmeleri inkar etmişler ya da bunları önlemek veya soruşturmak, sorumluları cezalandırmak veya mağdurların yerlerini ve akıbetlerini ya da bedenlerinin yerini öğrenmeye çalışanlara yardım etmek konusunda aciz kalmışlardır. Hükümet ve Silahlı Kuvvetler tarafından oluşturulan araştırma komisyonlarından hiçbir sonuç alınamamıştır. Başlatılan hukuki işlemler aleni bir ilgisizlikle oldukça yavaş bir şekilde yürütülmüş ve bazıları sonunda düşürülmüştür. (Inés Consuelo Murillo, José Gonzalo Flores Trejo, Efraín Díaz Arrivillaga, Florencio Caballero, Virgilio Carías, Milton Jiménez Puerto, René Velásquez Díaz, Zenaida Velásquez, César Augusto Murillo'nun ifadeleri ve gazete kupürleri)

(v) 12 Eylül 1981'de 16.30 – 17.00 saatleri arasında, Ford marka plakasız beyaz bir araç kullanan, sivil

giyimli, ağır silahlı adamlar Tegucigalpa şehir merkezindeki bir park yerinden Manfredo Velásquez'i kaçırmıştır. Bugün, neredeyse yedi yıl sonra kendisi hala kayıptır ve bu ölmüş olduğuna dair makul bir karine oluşturmaktadır. (Miguel Angel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Zenaida Velásquez, Florencio Caballero, Leopoldo Aguilar Villalobos'un ifadeleri ve gazete kupürleri)

(vi) Bu kaçırma eylemi, Silahlı Kuvvetler ile bağlantılı olan ya da onların yönlendirdiği kişilerce gerçekleştirilmiştir. (Ramón Custodio López, Zenaida Velásquez, Florencio Caballero, Leopoldo Aguilar Villalobos'un ifadeleri ve gazete kupürleri)

(vii) Manfredo Velásquez'in kaçırılması ve kaybedilmesi (i)–(iv) arası paragraflarda kanıtlandığı kabul edilen gerçeklerle belirtilen sistematik kaybetme uygulamaları kapsamında yer almaktadır. Demek ki:

(a) Manfredo Velásquez, yetkililerin ulusal güvenlik için 'tehlikeli' kabul ettiği faaliyetlerde yer alan bir üniversite öğrencisiydi. (Miguel Angel Pavón Salazar, Ramón Custodio López ve Zenaida Velásquez'in ifadeleri)

(b) Manfredo Velásquez'in kaçırılması plakasız bir araç kullanan sivil giyimli adamlarca güpegündüz gerçekleştirildi.

(c) Manfredo Velásquez olayında, tutsak edenler ve Silahlı Kuvvetlerin inkârları, Silahlı Kuvvetler ve hükümetin, şahsın bulunduğu yerin tespit edilmesi ve soruşturma yapılması konusundaki ihmalleri ve kendilerine üç ihzar müzekkeresi ile iki suç duyurusu sunulan mahkemelerin etkisizliği genel uygulamayla aynı şekildeydi. (Miguel Angel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Zenaida Velásquez'in ifadeleri, gazete kupürleri ve yazılı deliller)

(viii) Langue Belediye Başkanı'ndan gelen ve bu konudaki söylentileri içeren mektup dışında, Manfredo Velásquez'in bölücü gruplara katılmak için kaybolduğunu gösteren kayda geçmiş herhangi bir delil bulunmamaktadır. Bizzat bu mektup bile hükümetin Manfredo Velásquez'i, ulusal güvenliğe tehdit oluşturduğunu düşündüğü faaliyetlerle

ilişkilendirdiğini göstermektedir. Ancak hükümet mektupta bahsedilenleri destekleyecek herhangi bir başka delil sunmamıştır. Kaldı ki Manfredo Velásquez'in, o dönem mevcut olan kaybetme uygulamasından bağımsız olarak adi suçlularca ya da başka kişilerce kaçırıldığına dair de herhangi bir delil bulunmamaktadır.⁸⁰

103. Yukarıda açıklananlara dayanarak, Mahkeme bu yargılamada aşağıdaki gerçeklerin kanıtlandığına karar vermiştir:

(i) 1981 ve 1984 yılları arasında Honduras devlet yetkilileri tarafından yürütülen ya da göz yumulan bir kaybetme uygulaması mevcuttur,

(ii) Manfredo Velásquez, bu uygulama çerçevesinde yetkililer vasıtasıyla veya onların muvafakatiyle kaybedilmiştir ve

(iii) Honduras Hükümeti bu uygulamadan zarar gören insan haklarını güvence altına alamamıştır.⁸¹

104. Latin Amerika ülkeleri mahkemeleri yukarıda alıntılanan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi kararı ve benzer kararlar doğrultusunda, başlı başına ağır bir insan hakkı ihlali olan zorla kaybetme suçunun tekil bir suç olarak işlenmesi ile sivil bir halka karşı sistematik veya yaygın bir saldırının parçası olarak işlenmesi (yani insanlığa karşı suç sayılması) arasındaki ayrımı kesin ve istikrarlı bir biçimde ortaya koymuştur.

105. Kosta Rika Yüksek Mahkemesi Amerikalılar Arası Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Sözleşmesi'nin kabul edilmesi için sunulan yasa tasarısının anayasal yorumunda şunları belirtmiştir:

Kişilerin zorla kaybedilmesinin sistematik bir şekilde uygulanmasının insanlığa karşı suç teşkil ettiğinin anlaşılması, bu suçun işlenmesi için genellikle karmaşık güç mekanizmalarıyla örtülen araç ve yöntemler dolayısıyla önem arz etmektedir. [...] zorla kaybetmenin, özgürlüğü, insan onuruna

⁸⁰ Velásquez Rodríguez/Honduras, para. 147.

⁸¹ Velásquez Rodríguez/Honduras, para. 148

yakışır muameleyi ve kişilerin kendini tam olarak geliştirmesini teşvik eden anayasal ve demokratik hukuk devleti ilkeleri ile apaçık uyumsuz olduğu ortadadır.⁸²

106. Şili Yüksek Mahkemesi gözaltı ve kaybedilme ile ilgili bir kararında insanlığa karşı suç kavramının, suçun sivil halka karşı işlenmesi unsuru konusunda şunları belirtmiştir:

İnsanlığa karşı suçların tespit edilmesinde (yaygın veya sistematik olma özellikleri) kesin unsurlar olmalıdır. Başka bir deyişle, insanlığa karşı suçta devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen bir saldırı bulunmalıdır ve bu saldırı sivil halka yönelmiş olmalıdır. Bu son ifade Müttefik Kontrol Konseyi'nin 10 Numaralı Kanunu'na ve Nürnberg Statüsü'nün 6(c) maddesine istinaden uluslararası ceza hukukundan normatif olarak alınmıştır ve kullanılmaktadır. Bu ikinci unsurun yorumlanmasında, mağduru, ya da 'her kategoriden bireyler' ifadesini azami düzeyde kapsama amacını unutmadan yorumlanması ve açıklığa kavuşturulması gereken 'mağdura atfedilebilecek statüyü' [...] ele aldığı için, birden fazla güçlük bulunmaktadır. Bu yüzden, eğer söz konusu olan bir kısmı silahlı direniş eyleminde bulunan birtakım insanlar bile olsa, bu ifadeden o insanların 'herhangi bir sivil halkın' parçasını oluşturdukları anlaşılmalıdır.⁸³

107. Panama Yüksek Mahkemesi Cruz Mojica Flores'in kaybedilmesi ile ilgili davada insanlığa karşı suç kavramının unsurlarını şöyle ele almıştır:

İnsanlığa karşı suç" tanımı hakkında bilgi veren önemli unsurlar, sivil bir nüfusa karşı, yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak, bu saldırının parçası olduğunu bilerek işlenen fiillere işaret eder: bu fiiller öldürme ve zorla kaybetmeyi de kapsar. Bu bağlamda saldırı, devlet politikası çerçevesinde, bu politikayı sürdürmeyi üstlenmiş bir örgütlenme ile ya da siyasi gücü fiili olarak (de facto) elinde tutan

82 Dava: 00230, Dosya: 95-006543-0007-CO, Hukukilik Yorumu, Kosta Rika Yüksek Mahkemesi, 12 Ocak 1996.

83 La Moneda'da gözaltı-kayıp davası (Fernando Burgos ve diğerleri) – No. 24471, Santiago Yüksek Mahkemesi, 20 Nisan 2006.

bir grup vasıtasıyla sivil nüfusa karşı bu eylemlerin gerçekleştirilmesinin tekrarlanmasına yol açan bir davranış biçimi olarak tanımlanır. Sistematik ya da yaygın olma unsuru eylemlerin muhtelif oluşundan pek çok bireyin etkilenmesi anlamına gelmektedir. Siyasi anlamda, devletin bu eylemleri cesaretlendirmesi ya da kasten bu eylemleri önlemekten kaçınıyor olması gerekir.⁸⁴

108. Latin Amerika mahkemeleri, zorla kaybetme suçlarında zamanaşımı konusunda iki tip karar vermektedir. Birincisi yaygın veya sistematik olarak işlendiği kabul edilen zorla kaybetme suçlarında insanlığa karşı suç tanımına istinaden zamanaşımının işlemeyeceğidir. İkincisi de zorla kaybetme suçunun insanlığa karşı suç tanımı içerisinde kabul edilmese dahi tüm ülkelerin iç hukuklarında bulunan kaçırma ve alıkoyma suçlarının kesintisiz yani devam eden hali olduğu ve kesinti gerçekleşmeden de zamanaşımının işlemeyeceği yorumudur.

109. Bu yorum Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesinde kesintisiz suçlar için yapılan açıklamayla da örtüşmektedir ve Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesinde yer alan hürriyetinden yoksun kılma suçu mağdurun yerinin ve akibetinin öğrenildiği güne kadar kesintisiz bir şekilde devam etmektedir.

110. Şili Yüksek Mahkemesi devam eden (kesintisiz/ mütemadi) bir suç olarak kaçırma suçu hakkında şunları belirtmiştir:

Bu mahkeme belirtmeyi uygun görür ki [...] her ne kadar, kanunlarımızın hiçbir hükmünde açıklanmadığı için devam eden suç kavramı doktrinden geliyor olsa da, şu da bir gerçektir ki suçların sınıflandırılması sadece bazı istisnai durumlarda [...] kanunda özel olarak yer almaktadır. Suçların büyük çoğunluğu Ceza Kanunu'nun kendisinden doğan, hukuken korunan yarar ya da özel bölümlerde belirtilen cezai tanımlamaların yapısı gibi çeşitli kurallara dayanır. Bu yüzden ani suç ve devam eden suç ayrımı aslında, devam eden suçla korunan hukuki yararın uzayan zaman ile zarar görmesi

84 Cruz Mojica Flores Davası— Temyiz – Dosya No: 636-E, Panama Yüksek Mahkemesi, 26 Ocak 2007.

ve cezai tanımda yer verilen eylemlerin özellikle bu kademeli zararı yaratması noktasındadır. Eğer suç tek bir anda tamamlanıyor – yani suçun tüm bileşenleriyle birlikte tamamlanmasıyla neticelenen icra süreci tanımlanmış tek bir anda sona eriyorsa – ani bir suç söz konusu demektir. [...] Bunun aksine, devam eden suçlarda tamamlanma anı zamana yayılır. Bu suçlarda, cezai hareketin tamamlandığı belli bir an hala mevcuttur fakat bu hareket kendisini devamlı kılan ve zamana yayılan bir hal veya duruma sebep olur. Kaçırma, böylesi bir durumdur: fail mağduru hapseder ve böylece suç tamamlanmış olur fakat bu, failin iradesine bağlı olarak uzun ya da kısa bir süre devam edecek olan hapsedmenin sadece başlangıcıdır.⁸⁵

111. Şunu da belirtmek gerekir ki, Şili’de 1978 yılında gerçekleşen ve bütün bu ağır insan hakları ihlallerine sebep olan askeri darbenin ardından 17 yıl geçtikten sonra ilk serbest seçimle başa gelen sivil hükümetin iktidarda bulunduğu dönemde hukukçular **devam eden kaçırma** yorumunu kullanmaya başladılar. Ancak, zorla kaybetme suçunu **devam eden kaçırma** olarak yorumlayan hukukçular, baskıcı devletin hukuki mantığını kendisine karşı kullanabileceklerini düşündüler. Maalesef bu argümanı kullanarak cezasızlık zırhını aşmaya çalışan savcılar, 1990’ların başında ya meslekten ihraç edildiler ya da etkisiz kalmaya zorlandılar. [...] Ancak, **devam eden kaçırma** yorumu, yaklaşık 10 yıl sonra, şaşırtıcı bir şekilde tekrar gündeme geldi. [...] Diktatörlük dönemiyle kişisel bağları olmayan genç savcı ve hakimler insan hakları davalarına çok daha ciddi bir şekilde eğilmeye başlarken, kıdemli kuşak içinde de çatlak sesler çıkmaya başlamıştı. Bunlardan biri de yargıç Juan Guzmán’dı. Muhafazakar eğilimli bir yargıç olarak bilinen Guzmán’ı 1999’da harekete geçiren unsurun ne olduğu çok tartışıldı; hatta kendisi hakkında Amerikan PBS televizyonu için “The Judge and the General” adında bir belgesel bile yapıldı. **Sebebi ne olursa olsun, Guzmán’ın açtığı davalar çok ciddi bir dönüşüme yol açtı. Darbenin hemen ardından oluşturulan ve Pinochet’nin emriyle farklı şehirlerde muhalifleri öldürdükten sonra cesetlerini**

⁸⁵ Miguel Ángel Sandoval Davası (Juan Miguel Contreras Sepúlveda ve Diğerleri) — No. 517-04, Şili Yüksek Mahkemesi, 17 Kasım 2004.

yok eden Ölüm Kervanı (Caravana de la Muerte) çetesi, Guzmán’ın ilk hedefi oldu. Çok değil on yıl önce ‘deli saçması’ olarak görülen **devam eden kaçırma argümanı, bu davaların temel hukuki dayanağını oluşturdu.**⁸⁶

112. Venezuela Yüksek Mahkemesi de kaçırma, alıkoyma ve zorla kaybetme suçunun devam eden karakteri üzerine şunları belirtmiştir:

[...] Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri’nin 17. maddesinde, failler kaybedilen kişilerin yerini ve akıbetini gizlemeye devam ettiği ve gerçekler ortaya çıkmadığı sürece, **her türlü zorla kaybetme failinin süregelen ya da devam eden bir suç olarak kabul edileceği** belirtilmiştir.

Ceza doktrinine göre devam eden veya süregelen suçlar (delitos permanentes o continuos), ‘failerin eylemlerinin zamana yayıldığı ve bu yüzden failin iradesi veya mağdurun yaptığı hareketlerin bir neticesi sonucu ya da her ikisinin de kontrolü dışındaki koşullar sebebiyle eylem sona erene kadar suçun tamamlanma sürecinin devam ettiği’ suçlardır.

Devam eden ya da süregelen suçlarda ‘fail iradesi ile hukuk dışı bir durumun belirli bir zaman sürecinde devam etmesine neden olur (...)’; bu uzama, fail bu hukuk dışı durumdan vazgeçene kadar tamamlanma süreci devam eden suçun sürmesine sebep olur.’

Devam eden veya süregelen suçlar, diğerlerinin yanı sıra kaçırma ve zorla kaybetme suçlarını da kapsar çünkü bütün bu suçlarda mağdur hürriyetinden alıkonulduğu süre boyunca suçun tamamlanma süreci devam eder.⁸⁷

⁸⁶ Onur Bakiner, “Devam Eden Bir Suç Olarak Zorla Kaybedilme Suçu: Şili Örneği,” Failibelli İnsan Hakları Davaları İzleme Bloğu, <<http://failibelli.org/yorum-analiz/devam-eden-bir-suc-olarak-zorla-kaybedilme-sucu-sili-orneji/>> 2014.

⁸⁷ Marco Antonio Monasterios Pérez Davası (Casimiro José Yáñez) — Karar: 1747, Dosya: 06-1656, Venezuela Yüksek Mahkemesi, 10 Ağustos 2007.

SONUÇ

113. Zorla kaybedilen Hasan Gülünay'ın akıbetinin araştırılması için başlatılan soruşturmanın etkili bir biçimde yürütülmediği iddiası dikkate alınarak, zamanaşımı süresinin dolduğundan bahisle kovuşturulmaya yer olmadığı kararı verilerek kapatılmasının, Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasası'nın 3, 17 ve 19, AİHS.'nin 2, 3, 5 ve 13. maddeleri, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 2, 6, 7, 9. maddeleri ile İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3, 5 ve 8. maddeleri ile bu mütalaada açıklanan ulusal ve uluslararası hukuk normlarından kaynaklanan diğer tüm pozitif/negatif yükümlülüklerinin ihlalinin oluşturduğunun tespitine,

114. İhlal kararı verilmesi halinde, ihlalin ve sonuçlarının giderilmesi için zamanaşımı kararının kaldırılması ve soruşturmanın yeniden başlatılması için cumhuriyet savcılığına gönderilmesi gerektiğinin ve ayrıca mağdur yakınlarına katlandıkları ıstırap dolayısıyla her türlü onarımın sağlanmasının icap ettiğinin saptanmasına,

115. Devam eden bir insan hakkı ihlali olarak zorla kaybetme olgusunu soruşturma yükümlülüğünün mağdurun kaybedildiği koşullar, akıbeti ve bulunduğu yer açıklığa kavuşturulmadığı sürece devam edeceğinin ve zamanaşımının bu koşullar altında işlemeceğinin tespitine,

116. İç hukukta zorla kaybetme suçu tanımlanmamış bulunduğundan kayıp durumunun Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesinde yer alan 'hürriyetten yoksun kılma' suçuna ilişkin düzenleme uyarınca mağdurun yerinin ve akıbetinin öğrenildiği güne kadar kesintisiz bir şekilde devam edeceğinin saptanmasına,

117. Devam eden suç yorumu kabul edilmediği takdirde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda, zorla kaybetme suçunda dava zamanaşımı süresinin ölüm karinesinin gerçekleştiği kabul edilen tarih ne ise o tarihten itibaren başladığının kabul edilmesi gerektiğinin tespitine,

118. Suç tarihini de kapsayan 1990-2000 yılları arasında, zorla kaybetme ve yasadışı keyfi

infazların yaygın bir idari pratik olarak tezahür ettiği dikkate alınarak, bireysel başvuru konusu suçun devlet görevlileri ve/veya bağlantılı kişi ve gruplar eliyle, sistematik ve/veya yaygın uygulamanın bir parçası olarak işlenmiş olması olasılığının kuvveti karşısında başvuru konusu suçun ulusal ve uluslararası hukuksal düzenlemeler ve içtihatlar doğrultusunda insanlığa karşı suç kapsamında yargılanması gerektiğinin saptanmasına,

119. Suç tarihi olan 1992 yılı itibarıyla insanlığa karşı suç kavramı iç hukukta düzenlenmemiş olsa da suçun uluslararası hukukun genel kaynakları ve teamül hukuku itibarıyla öngörülebilir olduğu, yargı makamları bakımından bağlayıcı hükümler içeren ve kanunilik ilkesine hukukun genel ilkeleri doğrultusunda istisna getiren, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7/2. maddesi ile Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 15/2. maddeleri doğrultusunda soruşturulması gerektiğinin tespitine,

120. Bu bakımdan iç hukukta düzenleme bulunmayan tarihte işlenmiş de olsa insanlığa karşı suçlar kapsamındaki suçların soruşturulmasında zamanaşımı işletilemeyeceğinin saptanmasına,

121. Kanunilik ilkesinin şüpheliler lehine yorumlanması halinde 1982 Anayasası ve Olağanüstü Hal Kanunu gereği, sorumlular hakkındaki yargı muafiyeti ve yasal yollara başvuru imkanının bulunmadığı, aynı zamanda etkili başvuru yollarının kullanılmasının mümkün olmadığı 12 Eylül 1980 ve 12 Eylül 2010 arasındaki dönem için zamanaşımının kesilmesi gerektiğinin tespitine,

122. Devletin garanti altına almakla yükümlü olduğu tüm haklardan ayrı olarak, hem insan hakları ihlallerinin mağdurlarının ve mağdur yakınlarının, hem de bir bütün olarak Türkiye toplumunun sahip olduğu hakikati bilme hakkı bağlamında, yukarıda sayılan ihlallerden ve bu ihlalleri ve sonuçlarını ortadan kaldıracak giderim yöntemlerinden bağımsız olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, bir yurttaş olan Hasan Gülünay'ın zorla kaybedilmesi

ile ilgili tüm koşulları, akıbetini ve bedeninin bulunduğu yeri açıklığa kavuşturmak ve bu ağır insan hakkı ihlalinin gerçekleştirilmiş ya da göz yummuş olabilecek tüm fail ve sorumluların açığa çıkarılmasına ilişkin bir yükümlülüğü bulunduğunun tespitine karar verilmesi,

Neticede zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle verilmiş olan kovuşturmayla yer olmadığına dair kararın kaldırılması ve soruşturmanın yeniden başlatılması suretiyle ortaya çıkan maddi hakikatin başvuru ve kamuya paylaşılması gerektiği kanısındadırlar.

Saygılarımızla, 1 Kasım 2014

European Center for Constitutional and Human Rights (Anayasal Haklar ve İnsan Hakları için Avrupa Merkezi)

Zossener Str. 55-58, Aufgang D
D-10961 Berlin

Hakikat Adalet Hafıza Merkezi

Tütün Deposu Lüleci Hendek Cad.
No:12 34425 Tophane/İstanbul

Helsinki Yurttaşlar Derneği

Dr. Refik Saydam Cad. Dilber Apt.
No:39 Kat:3 Daire:10 Şişhane/İstanbul

İnsan Hakları Derneği

Necatibey Cad. No:82/11-12
06430 Demirtepe/Ankara

İnsan Hakları Araştırmaları Derneği

Kültür Mah. İçel Sok. No:23-11
Kızılay/Ankara

İnsan Hakları Gündemi Derneği

Güniz Sok. No:38/8 06700
Kavaklıdere/Ankara

Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı

Mecidiye Mah. Dereboyu Cad. No:41 Kat:2-3-4
34347 Ortaköy/İstanbul

Türkiye İnsan Hakları Vakfı

Mithatpaşa Cad. No:49/11
6. Kat 06420 Kızılay/Ankara

EK-1

EFRAIN BAMACA VELASQUEZ/

GUATEMALA DAVASINDA

ULUSLARARASI HUKUKÇULAR

KOMİSYONU TARAFINDAN

AMERİKALILAR ARASI İNSAN

HAKLARI MEHKEMESİ'NE

SUNULAN *AMICUS CURIAE**

* Bu çeviri Hakikat Adalet Hafıza Merkezi tarafından yapılmıştır.

2000 yılının Haziran ayında Adalet ve Uluslararası Hukuk Merkezi'nin (CEJIL) talebi üzerine, Uluslararası Hukukçular Komisyonu (ICJ) Efrain Bamaca Velasquez/Guatemala davasında Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin dikkatine bir *amicus curiae* hukuki mütalaası sundu. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi 25 Kasım 2000 tarihinde kararını açıkladı.

Guatemala Devrimci Ulusal Birliği (URNG) gerillalarından biri olan ve "Komutan Everardo" olarak tanınan Efrain Bamaca Velasquez, 12 Mart 1992 yılında Guatemala'nın doğusunda Nuevo San Carlos, Retalhuleu yakınlarındaki Montufar köyünde ordu ve gerillalar arasında yaşanan bir çatışmanın ardından "kayboldu". Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu tarafından tespit edilen olgulara göre Efrain Bamaca Velasquez, Guatemala Ordusu tarafından yakalandı, ordu binasında gizlice alıkonuldu ve işkenceye uğradı. O günden beri de "kayıp". 30 Ağustos 1996'da Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu onun adına Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nde dava açtı.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun bu davada ileri sürdüğü en önemli meselelerden biri, kaybolan kişinin yakınlarının sahip olduğu hakikati bilme hakkı ve devletin bu hakkı güvence altına alma yükümlülüğüydü. Uluslararası Hukukçular Komisyonu tarafından sunulan *amicus curiae* hukuki mütalaası, bilhassa bu meseleye odaklanıyor ve kaybolan kişinin yakınlarının sahip olduğu bu hakkın gerek evrensel gerek bölgesel düzeyde, doktrine ve içtihadı dayalı gelişimi üzerinde duruyor.

Uluslararası

Hukukçular Komisyonu

Tarafından Amerikalılar

Arası İnsan Hakları

Mahkemesi'ne Efrain

Bamaca Velasquez/

Guatemala Davasında

Sunulan *Amicus Curiae*

I. Giriş ve Özet

1. Uluslararası Hukukçular Komisyonu saygıdeğer Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'ne Efrain Bamaca Velasquez/Guatemala davası çerçevesinde, genel olarak insan hakları ihlalleri mağdurlarının ve ailelerinin, özellikle de zorla kaybetme suçu mağdurlarının ailelerinin sahip olduğu hakikati bilme hakkına dair değerlendirmelerde bulunma fırsatı sunduğu için teşekkürlerini sunar.

2. Uluslararası Hukukçular Komisyonu, tüm dünyada hukukun üstünlüğü ilkesinin anlaşılması ve yerine getirilmesi ile insan haklarının güvence altına alınmasının sağlanabilmesi için çalışan bağımsız bir kuruluştur. Genel merkezi Cenevre'de (İsviçre) bulunan kuruluş, 1952 yılında faaliyet göstermeye başlamıştır. Uluslararası Hukukçular Komisyonu, dünyanın çeşitli yerlerinden çeşitli yasal sistemleri temsil eden 45 seçkin hukukçudan oluşmaktadır ve ayrıca 90 ulusal birimin ve bağlı hukuki kurumun yer aldığı bir ağa sahiptir. Uluslararası Hukukçular Komisyonu, Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi, UNESCO, Avrupa Konseyi ve Afrika Birliği Örgütü'nde temsilci statüsüne sahiptir. Amerika Devletleri Örgütü kurumları ile de işbirliğine dayalı ilişkilere sahiptir.

3. Uluslararası Hukukçular Komisyonu, hukukun üstünlüğü ilkesinin tam olarak uygulanmasının yanı sıra insan haklarına evrensel olarak saygı gösterilmesi için de çalışmaktadır. Bilhassa da insan hakları ihlalleri mağdurlarını adalete erişim, onarım ve hakikati bilme hakkı arayışlarında desteklemektedir. Kuruluşumuz buna paralel olarak onarım ve hakikati bilme hakları konusunda uluslararası boyutta yeni standartlar oluşturulmasına katkı sunmaktadır. Özellikle de şu anda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından değerlendirme aşamasında bulunan Cezasızlıkla Mücadele için Eylem Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesine İlişkin Prensipler Seti ve Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Topyekûn İhlali ve Uluslararası İnsani Hukukun Ağır İhlallerinin Mağdurlarının Tazmin ve Onarım Hakkı için Temel İlkeler ve Esaslar taslaklarının hazırlanmasına, Uluslararası Hukukçular Komisyonu büyük katkıda bulunmuştur. Bunları göz önüne aldığında saygıdeğer Mahkeme Uluslararası Hukukçular Komisyonu'nun Efrain Bamaca Velasquez/ Guatemala davasına gösterdiği özel ilgiyi anlayacaktır.

4. Uluslararası Hukukçular Komisyonu bu *amicus curiae* ile genel olarak insan hakları ihlalleri mağdurlarının ve ailelerinin, özellikle de zorla kaybetme suçu mağdurlarının ailelerinin sahip olduğu hakikati bilme hakkına dikkat çekmeyi istemektedir (Konu I). Hakikati bilme hakkı; işkence veya diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye maruz kalmama hakkı (Konu II), onarım hakkı (Konu III), etkili bir kanun yoluna başvuru hakkı (Konu IV) ve bilgi edinme hakkı (Konu V) gibi diğer haklarla çok yakından ilgilidir. Benzer bir şekilde hakikati bilme hakkı, devletin güvence altına alma yükümlülüğü (Konu VI) ve daha belirleyici olarak soruşturma yükümlülüğü (Konu VII) ile de bağlantılıdır. Uluslararası Hukukçular Komisyonu, saygıdeğer Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu davanın esasları hakkında karara varırken, değerlendirmelerini, davanın esasına dair ayrıntılar vasıtasıyla, zorla kaybetme suçu mağdurlarının yakınlarına sağlanan hakikati bilme hakkına ve devletin bu hakkı güvence altına

alma yükümlülüğüne dayandırması gerektiği kanaatindedir.

II. Hakikati Bilme Hakkı

5. İnsan hakları ihlalleri mağdurlarının ve yakınlarının hakikati bilme hakkı son yirmi yıl içerisinde önem kazanmaya devam eden bir haktır. Bu hakkın ileri sürülmesine eşlik eden bir diğer olgu da birçok ülkede genel olarak gerçekleşen insan hakları ihlallerine dair kanıtların toplanması, mağdurların akıbeti hakkındaki soruların aydınlığa kavuşturulması, ihlallerden sorumlu olanların açığa çıkarılması ve bazı durumlarda failerin yargılanması için altyapı çalışmalarının gerçekleştirilmesi için kurulan "hakikat komisyonları" ve benzer mekanizmalardır.

6. Hakikati bilme hakkı sadece çağımızda ortaya çıkan bir hak talebi değildir. Bu hak tarih boyunca mağdurlar, mağdurların yakınları ve bazı bağlamlarda toplum tarafından ileri sürülmüştür. Bir asır önce Fransa'da görülen ve Avrupa'da insan haklarının gelişiminin mihenk taşı olarak kabul edilen meşhur Kaptan Alfred Dreyfus davasında, hakikati bilme hakkı "insan aklının devlet aklına karşı" zaferine ve bir adaletsizliğin onarılmasına fırsat veren itici gücü oluşturdu. Kaptan Dreyfus Fransız Senatosu'na sunduğu ve haksız yere suçlandığı olaylara dair tekrar soruşturma açılmasını talep ettiği ifadesinde, "Senatoya hakikati bilme hakkımı kabul etmesi çağrısında bulunuyorum" yazdı.¹ Kaptan Dreyfus yine aynı amaçla Fransa Cumhuriyeti Başkanı'na, "Tüm haklarımdan yoksun kalmış değilim: Her insan gibi ben de onurumu korumak ve hakikati beyan etmek hakkına sahibim" yazdı.² 20. yüzyılın şafağında Kaptan Dreyfus'un haklarının iade edilmesi, bu Fransız devlet görevlisi tarafından

¹ Alfred Dreyfus'un Fransa Cumhuriyeti Senatosu'na Mektubu, ilk yayınlanma 14 Mart 1900 *L'Echo of Paris*, sonraki baskı Denis Bredin, *L'affaire*. Ed. Julliard, Paris 1983, sayfa 560 (Gayri resmi çeviri).

² Alfred Dreyfus'un Fransa Cumhuriyeti Başkanı Waldeck-Rousseau'ya 26 Aralık 1900 tarihli Mektubu, *L'affaire a.g.e.*, s. 571 bağımsız olarak yayınlandı (Gayri resmi çeviri).

sık sık ileri sürülen hakikati bilme hakkının zaferi anlamına geliyordu.

7. Geçtiğimiz yüzyılda işlenen savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar karşısında uluslararası toplumun atacağı adımlara yön veren ilkeler hakikat ve adalet olmalıdır. Kolektif bir hafıza inşa etmeye ve yeni suçların işlenmesini önlenmeye yönelik toplumsal sürecin vazgeçilmez bir ögesi olan hakikat, adalet ile birlikte Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nin kurulmasında ana motiflerden birini oluşturmuştur. Birleşmiş Milletler Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu'nun Medeni ve Siyasal Hakları İhlal Eden Failerin Cezasızlığı konusundaki uzmanının söylediği gibi, "Hafıza hakkı, Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü'nün yazarlarının başlıca hedeflerinden biriydi"³ Uzmanlar Komisyonu'nun, Güvenlik Konseyi'nin 780 (1992) sayılı kararının ardından düzenlediği nihai raporunda, Eski Yugoslavya topraklarında işlenen insani hukuk ve Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlallerine dair belirttiği gibi, "Nitekim kaçınılmaz olarak varılacak sonuç, gelecekteki barışın adaleti gerektirdiği ve adaletin de hakikati tesis etmekle başladığıdır."⁴

a- Uluslararası İnsani Hukuk

8. Uluslararası insani hukuk silahlı çatışmalarda, zorla kaybedilme suçu mağdurlarının yakınlarının hakikati bilme hakkının uygulanabilir olduğunu açıkça kabul eder. Bu kabul uzun bir evrimin meyvesidir. Savaşta düşman tarafından kaybedilen savaşçıların buldukları yer ve akıbetlerinin yanı sıra, sevdiklerinin akıbetini öğrenmeye çalışan yakınlarının yaşadıkları acı deneyim, uluslararası insani hukukun gelişimindeki temel endişelerden biri olmuştur. Bu alandaki ilk ilerlemeler, sırasıyla 1867 ve 1869 yıllarında Paris ve Berlin'de düzenlenen

³ Birleşmiş Milletler belgesi, E/CN.4/Sub.2/1993/6, parag. 85.

⁴ Uzmanlar Komisyonu'nun, Güvenlik Konseyi'nin 780 sayılı kararının ardından kabul edilen Nihai Raporu, (1992), Birleşmiş Milletler belgeleri, S/1994/674, 27 Mayıs 1994, Ek, parag. 320.

Uluslararası Konferanslarda gerçekleşmiştir.⁵ 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri, silahlı çatışmanın her iki tarafına da bu sorunların çözümü için yükümlülükler getiren ve merkezi bir araştırma kurumu öngören çeşitli maddeler içermektedir.⁶

9. 1960'larda ulusal kurtuluş savaşları ya da yabancı işgallere veya ırkçı rejimlere karşı mücadeleler gibi yeni silahlı çatışmaların ortaya çıkması, kaybedilenlerin maruz kaldıkları akıbeta ve ailelerinin yaşadıkları ıstıraba gerektiği gibi karşılık verme gereğine daha da güçlü bir şekilde dikkat çekti. Bu sebeptir ki Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Dernekleri Federasyonu tarafından 1973'te Tahran'da gerçekleştirilen XXII. Uluslararası Konferans'ta, silahlı çatışmanın taraflarına, bilgi sağlamaları ve kaybedilenlerin yerinin ve akıbetinin öğrenilebilmesi için Uluslararası Kızılhaç Komitesi ile işbirliği yapmaları çağrısında bulunan V No'lu Karar oybirliğiyle kabul edildi.

10. 12 Ağustos 1949 tarihli Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne (I numaralı Protokol olarak bilinen) Ek Protokol'ün 1977 yılında kabul edilmesiyle, "ailelerin [kaybolan] yakınlarının akıbetini bilme hakkının" (32. madde) varlığını açıkça tanıyan ilk sözleşme maddesi ortaya çıktı. Bu hak, kaybolanlar bakımından uluslararası insani hukukun "temel bir ilkesi" olarak kabul edildi ve bu ilke Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Dernekleri Federasyonu tarafından 1973'te XXV. Uluslararası Konferans'ta XIII No'lu Kararla yeniden vurgulandı.

⁵ Francois Bugnion, Savaş Mağdurlarının Korunması ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Ed .Uluslararası Kızılhaç Komitesi [Le Comite international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre. Ed. Comite International de la Croix-Rouge], Cenevre, 1994, s. 569.

⁶ Bilhassa Harb Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı İçin Sözleşme'nin (1. Sözleşme) 16. ve 17. maddeleri; Savaş Tutsaklarına Uygulanacak İşlemlere İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin (3. Sözleşme)122 ve devamı maddeleri; Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin (4. Sözleşme) 136 ve devamı maddeleri.

11. Uluslararası insani hukukta kabul edilen “kaybolma” kavramı kuşkusuz uluslararası insan hakları hukukunda formüle edilen “zorla kaybedilme” kavramından çok daha geniş kapsamlı. Genel olarak uluslararası insani hukuktaki “kaybolma” kavramı bir şahsın yeri ve akıbeti hakkında bilgi edinilemeyen her durumu kapsıyor. Aynı şekilde “kaybolan” kavramı da belli başlı pek çok durumu kapsıyor. Örneğin; düşmanın elinde bulunup kimliği belirlenemeyen hasta veya yaralılar, savaş tutsakları veya isimleri kayıt altına alınmamış ya da bildirilmemiş olan savaş esiri siviller, “eylem halindeyken kaybolan gerillalar”, ailelerine haber verilmeden tutuklanan, hapsedilen ya da alıkonulan sivillerin yanı sıra uluslararası insan hakları hukukunda tanımlandığı anlamıyla zorla kaybedilme mağdurları. Bütün bu durumlarda uluslararası insani hukuk, ailelerin kaybolan yakınlarının akıbetini bilme hakkını tanımaktadır.

12. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve I numaralı Ek Protokol “zorla kaybedilme” ifadesini kullanmıyor olsa da bu kavram, “kaybolma” kavramının içerisinde yer alıyor. Aynı şekilde, uluslararası insani hukuk ailelerin, zorla kaybedilme mağduru yakınlarının akıbetini bilme hakkını tanıyor. 1981 yılında Manila’da gerçekleştirilen XXIV. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı’nda “zorla ya da irade dışı kaybedilmeler” için bu hakkın varlığı teyit edildi ve bu hak;

“Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun da pek çok kararında belirttiği gibi ailelerin, yakınlarının bulunduğu yer ile sağlık ve refahlarının nasıl olduğu hakkında bilgilendirilme hakkı vardır” denilerek vurgulandı.

13. 1 numaralı Ek Protokol uluslararası silahlı çatışmalara uygulanmakta. Cenevre Sözleşmeleri’nin ve 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri’ne Ek ve Uluslararası Nitelik Taşımayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol’ün (II numaralı Protokol) ortak maddesi olan 3. madde, ne kaybolmaya ne de aile üyelerinin zorla kaybedilme mağdurları kategorisi de

dahil olmak üzere kaybolan yakınlarının akıbetini bilme hakkına dair doğrudan hiçbir ifade içermiyor. Bütün bu boşluklara rağmen Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi, zorla kaybedilme mağdurlarının akıbetini bilme hakkının hem uluslararası çatışma hem de iç çatışma durumlarında uygulandığını vurgulamaktadır. Bu sebeple, bu hakkın varlığını teyit eden XXIV. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı’nda kabul edilen kararda uluslararası çatışma ve iç çatışma arasında ayırım yapılmamıştır.

14. Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak 3. maddesi ve bu sözleşmelere Ek II numaralı Protokol’ün 4. maddesi, savaşa doğrudan katılmamış şahıslara her koşulda insancıl muamele edilmesi gerektiği prensibini getirmektedir. Bu iki norm dayanak alındığında, “Kaybolan ya da ölen kişilere dair ailelerine bilgi vermenin reddedilmesi, hiç şüphesiz bu yükümlülükle bağdaşmayan manevi bir işkence yöntemi teşkil etmektedir.”⁷

15. Hem savaş hem de barış zamanında gerçekleşen zorla kaybetme mağdurlarının ailelerinin hakikati bilme hakkına dair doktrin dayanağını I numaralı Protokol’ün 32. maddesi’nden ve genel olarak da uluslararası insani hukuktan almaktadır.⁸ Bu konunun görüşüldüğü ilk uluslararası toplantılardan biri, 1981 Ocak/Şubat’ında Paris’te bu konunun ele alındığı kişilerin zorla kaybedilmesi kolokyumudur. Kolokyum raportörü Fransız hakim Louis Joinet, nihai raporunda zorla kaybedilme mağdurlarının aileleri hakkında şunları belirtmiştir:

⁷ Francois Bugnion, a.g.e., s. 576 (Gayri resmi çeviri).

⁸ Örneğin, bkz. Rodolfo Mattarollo, “Cezasızlık, Demokrasi ve İnsan Hakları” Orta Amerika Barış Köyleri içerisinde, *Cuademos Amerikan İnsan Hakları Merkezi Serisi No:2*, Ed. Codehuca, San Jose, KostaRika, 1991, s. 7, [“Impunidad, democracia y derechos humanos” in *Por la Vida y la Paz He Los Pueblos Centroamericanos. Cuademos centro americanos de derechos humanos series*, No.2, Ed. Codehuca, San Jose, Costa Rica, 1991, p.7]; and Eric David, *Silahlı Çatışma Hukuku Prensipleri*, [Principes de droit des conflits armes] ed. Bruylant, Brüksel, 1994, para. 3.35, s. 502.

"Korumadan yararlanma hakkı, Cenevre Sözleşmeleri ve Protokolleri'nde tanımlandığı gibi ailelerin sahip olduğu temel bir hak olan yakınlarının akıbetini bilme hakkından doğmaktadır. [...] Zorla ya da irade dışı kaybedilmeye maruz kalan kişilerin, fiili olarak [*de facto*] pozitif hukukta ve özellikle de Cenevre Sözleşmeleri'nde silahlı çatışma sırasında veya silahlı çatışma nedeniyle kaybolan kişilere tanınan aynı güvencelerden yararlanmayacağını belirtmek, insani boyutta şok edici -ve hukuki olarak en azından paradoksal- olacaktır."⁹

Buna dayanarak, Paris Kolokiyumu tavsiyesi şöyledir:

"Barış zamanında kaybolan kişilere ve ailelerine sağlanacak koruma, savaş zamanında kaybolan kişilere tanınandan daha fazla -ya da evleviyetle (*a fortiori*) en azından eşit- olmalıdır."¹⁰

16. Savaş zamanında tanınan korumaya istinaden barış zamanında eşit ya da daha fazla koruma prensibi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları ve Olağanüstü Hal Özel Raportörü tarafından düzenlenen Olağanüstü Hal ve İstisnai Koşullarda Askıya Alınmayacak Haklar Üzerine Uzmanlar Toplantısı'nda da yeniden vurgulanmıştır.¹¹ Uzmanlar toplantısı, mahkeme içtihatları ve Birleşmiş Milletler özel raportörlerinin kanaatleri arasındaki uyum göze alındığında hakikati bilme hakkının uluslararası teamül hukukunun bir

⁹ Louis Joinet, "Genel Rapor", Unutmayı Reddetmek - Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Politikası- içerisinde, Paris, Şubat 1981, ["Raport general", in Le refus de l'oubli - La politique de disparition forcee de personnes- Colloque He Paris.Tanvier/fevrier 1981.] Ed. Berger-Levrault koleksiyonu, "Geleceğin Dünyaları" Paris, 1982, s. 302 [Ed. Berger-Levrault, collection, "Mondes en devenir", Paris, 1982, p. 302] (Gayri resmi çeviri) .

¹⁰ Ibid.

¹¹ bkz. "Olağanüstü Hal ve İstisnai Koşullarda Askıya Alınmayacak Haklar Üzerine Uzmanlar Toplantısı Raporu, Cenevre, 17-19 Mart 1995", Birleşmiş Milletler İnsan Hakları ve Olağanüstü Hal Özel Raportörü'nün raporunda yinelenmiştir, Birleşmiş Milletler Dokümanı E/CN.4/Sub.2/1995/20, Ek I.

normu olduğu kararıyla sonuçlanmıştır.¹²

17. Uluslararası insani hukuk zorla kaybedilme mağdurlarının ailelerinin hakikati bilme hakkına dair hukuki bir kaynak olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla Birleşmiş Milletler Zorla ve İrade Dışı Kaybolmalar Çalışma Grubu, İnsan Hakları Komisyonu'na sunduğu ilk raporunda zorla kaybedilme mağdurlarının ailelerinin yakınlarının akıbetini bilme hakkının varlığının tanınmasında dayanak olarak dört Cenevre Sözleşmesi'ne Ek 1977 tarihli I numaralı Protokol'ü göstermiştir.¹³ Amerikalılar Arası bağlamda 1988 yılında Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Arjantin'de askeri rejim sırasında kaybolan ya da kaybedilen ailelerinden alınan çocukları ele alarak, uluslararası insani hukukun ve daha belirgin olarak "ailelerin yakınlarının akıbetini bilme hakkını tesis eden" dört Cenevre Sözleşmesi'ne Ek 1977 tarihli I numaralı Protokol'ün normlarını teyit etmiştir.¹⁴ Ancak devletlerarası insan hakları organları ve mekanizmaları hakikati bilme hakkına diğer hukuki kaynak ve belgelerden çağdaş dayanaklar bulmuştur. Bunlar arasında ailenin korunması,¹⁵ çocuğun ebeveynlerinden ayrılmama hakkı¹⁶ ve Amerika bağlamında hukuki korumadan yararlanma hakkı, hukuki güvenceler, yargısal korunma ve bilgi edinme hakkı yer almaktadır.

b- Uluslararası İnsan Hakları Koruma Sistemi

18. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, zorla kaybedilme mağdurlarının ailelerinin hakikati bilme hakkının varlığını açıkça

¹² Ibid, para. 40, s. 57.

¹³ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/1435, 22 Şubat 1981, par. 187.

¹⁴ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu, 1987-1988. OAS belgesi, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10, rev. 1, s. 359.

¹⁵ Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesi.

¹⁶ Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi.

Ştanımaktadır. Zorla kaybedilmeye dair bir davada İnsan Hakları Komitesi “başvurucu [Komiteye sunulan tebliğin yazarı ve kaybolan kişinin annesi] kızına ne olduğunu bilme hakkına sahiptir” sonucuna varmıştır.¹⁷

19. İnsan Hakları Komitesi “hakikati bilme hakkı” ifadesini kullanmaksızın ve kendini zorla kaybetme davaları ile kısıtlamaksızın Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi taraf devletlerini, insan hakları ihlallerinin mağdurlarının işlenen fiiller hakkında hakikati bilme hakkının güvence altına alınması için uyarmıştır. İnsan Hakları Komitesi Guatemala'ya dair nihai raporunun Sonuç Gözlemlerinde Guatemala yetkililerine, diğer şeylerin yanı sıra, “insan hakları ihlallerinin mağdurlarının bu fiiller hakkındaki hakikati bilmesini” sağlamak için çalışması konusunda tavsiyede bulunmuştur.¹⁸

20. Zorla kaybedilme mağdurlarının ailelerinin sahip olduğu hakikati bilme hakkı Zorla ve İrade Dışı Kaybolmalar Çalışma Grubu tarafından İnsan Hakları Komisyonu'na sunduğu ilk raporundan itibaren kabul edilmektedir.¹⁹ Çalışma Grubu ikinci raporunda kaybedilen kişilerin ailelerine dair şu sonuca varmıştır:

“[Zorla kaybedilenlerin ailelerinin] tartışmasız bir şekilde hakikati bilme hakları vardır, bu hak yok sayılamaz ya da reddedilemez.”²⁰

21. Zorla ve İrade Dışı Kaybolmalar Çalışma Grubu, zorla kaybetmelerin mağdurlarının

¹⁷ İnsan Hakları Komitesi, 21 Temmuz 1983 tarihli karar, *Maria del Carmen Almeida de Quintero ve Elena Quintero de Almeida davası* (Uruguay) Başvuru No. 107/1981, par. 14.

¹⁸ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Gözlemler ve Tavsiyeler-Guatemala, Birleşmiş Milletler Belgesi, CCPR/C/79/Add.63, par. 25.

¹⁹ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/1435, 22 Ocak 1981, par. 187.

²⁰ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/1492, 31 Aralık 1981, par.5.

ailelerinin hakikati bilme hakkını,²¹ I numaralı Protokol'ün 32. maddesinin yanı sıra Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun muhtelif kararlarına dayandırmıştır²². Çalışma Grubu 1984'te her türlü koşul için şu sonuca varmıştır:

“Uluslararası toplum, kayıp kişilerin yakınlarının onların yeri ve akıbetini bilme hakkına sahip oldukları konusunda açıkça karara varmıştır.”²³

22. Zorla ve İrade Dışı Kaybolmalar Çalışma Grubu kaybolan ya da kaybedilen, ailelerinden alınan çocuklar sorunu konusunu ele alırken uluslararası insani hukuku ileri sürmüş ve barış zamanında savaş zamanına istinaden daha fazla ya da eşit koruma prensibini teyit etmiştir. Çocuklar için savaş zamanında öngörülen koruma, barış zamanında evleviyetle (*a fortiori*) sağlanmalıdır.²⁴

23. İnsan hakları ihlalleri mağdurlarının ve ailelerinin ve bilhassa zorla kaybedilme mağdurlarının ailelerinin sahip olduğu hakikati bilme hakkı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun farklı mekanizmalarının yanı sıra Alt Komisyon tarafından da tanınmaktadır. Nitekim 1985'te, Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu Özel Raportörü Af yasaları ve İnsan Haklarının Korunması ve Güvence Altına Alınmasına Etkileri Hakkındaki Nihai Raporu'nda, rıza dışı ve zorla kaybedilme mağdurlarına dair, ailelerin “hakikati bilme hakkının” giderek daha çok kabul edilmekte olduğu sonucuna varmıştır.²⁵ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları

²¹ Birleşmiş Milletler Belgeleri, E/CN.4/1435, 22 Ocak 1981, par 186; ve E/CN.4/1983/14, par. 134.

²² Bilhassa Şili'de insan haklarının durumuna dair 34/179 ve 35/188 numaralı kararlar.

²³ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/1984/21, par. 171.

²⁴ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/1984/21, par. 159.

²⁵ “Af Yasaları ve İnsan Haklarının Korunması ve Güvence Altına Alınmasına Etkilerine Dair Çalışma”, Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/Sub.2/1985/16, s. 19.

ve Olağanüstü Hal Özel Raportörü tarafından düzenlenen Olağanüstü Hal ve İstisnai Koşullarda Askıya Alınmayacak Haklar Üzerine Uzmanlar Toplantısı'nda da hakikati bilme hakkının "uluslararası teamül hukukunun bir normu" olduğu kararına varılmıştır.²⁶ Yargıçların ve savcılarının bağımsızlığı sorununu ele almakla görevlendirilen İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörü Peru'ya dair raporunda, Peru af yasalarının mağdurları hakikati bilme haklarından mahrum bıraktığı sonucuna varmıştır.²⁷

24. Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu Özel Raportörü medeni ve siyasi hak ihlalleri faillerinin cezasızlığı sorunu konusunda "hakikati bilme hakkının" -ya da bizzat kullandığı tabirle "bilme hakkının" başlı başına var olan ve "vazgeçilemez" bir hak olduğu sonucuna varmıştır.²⁸ Bu uzman tarafından gerçekleştirilen çalışma, şu anda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından değerlendirme aşamasında bulunan Cezasızlıkla Mücadele için Eylem Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesine İlişkin Prensipler Seti taslağının hazırlanmasıyla son bulmuştur.²⁹ Bu projenin prensipleri arasında "mağdurların hakikati bilme hakkı" da yer almaktadır. Özellikle 3. prensip şu koşulu getirmektedir:

"Herhangi bir hukuki süreçten bağımsız olarak, mağdurlar, aileleri ve yakınları, ihlallerin gerçekleştiği koşullar ve ölüm ya da kaybolma durumunda mağdurun akıbeti hakkında zamanaşımına tabi olmayacak şekilde hakikati bilme hakkına sahiptir".

25. Cezasızlık sorunu uzmanına göre "Cezasızlıkla mücadele için eylem, adaletin gerçekleştirilmesi zorunluluğundan doğmaktadır, fakat yalnızca suçluyu cezalandırma amacını merkez alamaz.

²⁶ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/Sub.2/1995/20, EK I, par. 40, s. 57.

²⁷ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/1998/39/Add. 1, par. 131.

²⁸ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/Sub.2/1993/6, par. 101.

²⁹ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/Sub.2/1997/Rev.I, EK I.

Üç zorunluluğa yanıt vermesi gerekir: sorumluları cezalandırmak, aynı zamanda mağdurların bilme hakkını yeri getirerek onarım sağlamak ve ayrıca kamu düzenini güvence altına alan otorite olarak yetkililerin görevlerini yerine getirmelerine olanak sağlamak."³⁰

26. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları ve Olağanüstü Hal Özel Raportörü, ailelerin aile üyelerinin akıbetlerine dair bilgilendirilme hakkının hukuki dayanağının, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde, özellikle de bu sözleşmenin 9/4. maddesi'nde mevcut olduğunu vurgulamıştır.³¹ Bu madde, Devlet tarafından kabul edilen bir yasa maddesi sebebiyle çocukların ailesinden ayrılması durumunda devletin, kayıp aile üyesi ya da üyelerinin nerede bulunduğu dair temel bilgileri çocuğa, ebeveynlere ve hatta bazı koşullarda diğer akrabalara verme yükümlülüğünü düzenlemektedir.³²

c- Amerikalılar Arası İnsan Hakları Koruma Sistemi

27. Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu, "hakikati bilme hakkı" ifadesini kullanmamış olsa da muhtelif kararlarında zorla kaybedilme mağdurlarının akıbeti hakkında ailelerine bilgi verilmesi konusunda üye devletleri uyarmıştır.³³ Bu uyarılar Genel Kurul'un, zorla kaybetme eyleminin insanlığa karşı suç teşkil ettiğini ilan eden 666 (XIII-0/83)³⁴ numaralı kararıyla -ve müteakip kararlarıyla- teyit edilmiştir.³⁵

³⁰ Medeni ve Siyasi Hak İhlallerinin Faillerinin Cezasızlığı Sorunu üzerine Uzman, Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/Sub.2/1993/6, par.16 (orijinali Fransızca, gayri resmi çeviri).

³¹ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/Sub.2/1991/20, EK I, s. 45.

³² Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/Sub.2/1991/20, EK I, s. 45.

³³ Karar AG/RES. 618 (XII-0/82), kabul tarihi 20 Kasım 1982, par. 7.

³⁴ Karar AG/RES. 666 (XIII-0/83), kabul tarihi 18 Kasım 1983 par. 5.

³⁵ Örneğin, bkz. Karar AG/RES. 742 (XIV-0/84), kabul tarihi 17 Kasım 1984.

28. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, hem genel olarak insan hakları ihlalleri mağdurlarının ve ailelerinin hem de özel olarak zorla kaybedilme mağdurlarının ve ailelerinin hakikati bilme hakkını uzun zamandır tanımaktadır. Amerikalılar Arası Komisyon 1985-1986 yıllık raporunda şu sonuca varmıştır

“Aileleri, sevdiklerinin akıbetini öğrenmekten hiçbir şey alıkoymaz.”³⁶

29. Kaybedilen kişilerin, ebeveynlerinden alınan ve daha sonra yasal aileleri tarafından kendilerine verilmesi talep edilen reşit olmamış çocukları konusundaki çalışmasında Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, hakikati bilme hakkının varlığını uluslararası insani hukuk normlarına dayandırarak tanımıştır.³⁷ Bununla birlikte Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin yıllar içerisinde geliştirdiği doktrin hakikati bilme hakkının Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi'nde de dayanak bulmasını sağlamıştır. Nitekim Ignacio Ellacuria davasında Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu şu karara varmıştır:

“El Salvador'da gerçekleşen ağır insan hakları ihlallerine sebep olan olaylara dair hakikati ve bu olaylarda yer alanların kimliklerini bilme hakkını kabul etmek, Devletin mağdurların yakınlarına ve genel olarak da topluma karşı bir yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1/1, 8/1, 25 ve 13. maddelerinden kaynaklanmaktadır.”³⁸

30. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi oldukça geniş kapsamlı olan Velasquez Rodriguez

³⁶ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu, 1985-1986. OAS belgesi, OEA/Ser. L/V/II.68, Doc. 8 rev 1, 28 Eylül 1986, s. 205 (orijinali İspanyolca, gayri resmi çeviri).

³⁷ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu, 1987-1988. OAS belgesi, OEA/Ser. L/V/II. 74, Doc. 10 rev 1, 16 Eylül 1988, s. 359.

³⁸ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Rapor No. 136/99, 22 Aralık 1999, *Ignacio Ellacuria ve diğerteri Davası*, par. 221 (orijinali İspanyolca, gayri resmi çeviri).

kararında, zorla kaybetme mağduru kişilerin yakınlarının zorla kaybedilen kişinin akıbetini bilme hakkının varlığını tanımıştır.³⁹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Godinez Cruz davası kararında da bu hakkın varlığını teyit etmiştir.⁴⁰

31. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Godinez Cruz davası kararında “hakikati bilme hakkı” ifadesini kullanmasa da “mağdurun ailesinin ona ne olduğunu bilme [hakkının]” varlığını tanımıştır.⁴¹ Benzer bir şekilde Blake kararında da Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi şunu tekrarlamıştır:

“Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/1. maddesi Nicholas Blake'in ailesine onun kayboluşu ve ölümü ile ilgili etkili bir soruşturma talep etme hakkı vermektedir.”⁴²

d- Hakikati Bilme Hakkına Dair Bilgilenme

32. Yukarıda anlatılan içtihat ve doktrin kaybolan kişinin yakınlarının gerçekten de kaybolanın akıbetini bilme, bir başka deyişle hakikati bilme hakları olduğu konusunda hemfikir. Bununla birlikte, hem Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu hem de Zorla ve İrade Dışı Kaybolmalar Çalışma Grubu'nun zorla kaybetme eyleminin etkilerine dair tecrübeye dayanan gözlemleri, kaybedilen kişinin yeri ve akıbeti hakkında bilgiye ulaşılamamasından etkilenen insan gruplarının aile kavramının ötesine geçtiğini ortaya koymaktadır. Bu yüzden Zorla ve İrade Dışı Kaybolmalar Çalışma Grubu, sadece aile üyelerinin değil

³⁹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Velasquez Rodriguez davası*, 29 Temmuz 1988 tarihli karar, Seri C: Kararlar ve Hükümler. No. 4. par. 181, s. 75.

⁴⁰ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Godinez Cruz davası*, 20 Ocak 1989 tarihli karar, Seri C: Kararlar ve Hükümler. No. 5. par. 191.

⁴¹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 3 Kasım 1997 tarihli karar, *Castillo Pdez davası*, par. 90.

⁴² Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 24 Ocak 1998 tarihli karar, *Blake davası*, par. 97.

mağdurun diğer akrabalarının ve yakınlarının da endişe verici bir belirsizliğe maruz kaldıklarını, öyle ki kaybedilmenin bu ölçüde bir dizi mağduru olduğunu belirtiyor.⁴³ Benzer şekilde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu da kaybolan kişinin akıbetini bilmemenin sadece kaybolanın ailesini değil akrabalarını ve arkadaşlarını da etkilediğini belirtiyor. Buradan hareketle, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu 1977 yılı senelik raporunda zorla kaybetmenin, kaybedilen kişinin akıbeti hakkındaki belirsizlik sebebiyle ailesi ve arkadaşları için bir tür işkence olduğunu belirtmektedir.⁴⁴ Benzer bir biçimde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu 1978 yılı senelik raporunda da zorla kaybetmenin, mağdurun akıbeti hakkında bir tek bilgi için bile aylarca ve bazen yıllarca bekleyen tüm aile ve yakınlar topluluğunu aynı şekilde etkilediği sonucuna varmaktadır.⁴⁵

33. Zorla kaybetmenin “insan haysiyetine karşı ağır ve nefret verici bir suç”⁴⁶ ve zalimane bir eylem⁴⁷ olma özelliği ve birden fazla sayıda insan hakkı ihlalini içermesi⁴⁸ genel olarak tüm toplumu etkilediği anlamına geliyor. Zorla kaybetmenin

⁴³ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/1990/13, par. 339.

⁴⁴ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu, 1977-1978. OAS belgesi, OAS/Ser.L/V/II.43, doc.21, corr.I, s. 24. Ayrıca bkz. Arjantin’de insan haklarının durumuna dair Rapor, OEA/Ser.L/V/II/49, doc. 19, s. 59.

⁴⁵ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu, 1978. OEA/Ser.L/II.47, doc. 13 rev. 1, 29 Haziran 1979, s. 23. Aynı doğrultuda, bkz. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu, 1980-1981. OEA/Ser.G, CP/doc.1201/1981, 20 Ekim 1981, s. 113.

⁴⁶ Amerikalılar Arası Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Sözleşmesi, Başlangıç, par. 3.

⁴⁷ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu, 1982-1983. OEA/Ser.L/V/II.61, doc.22, rev.I, s. 35.

⁴⁸ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Velasquez Rodriguez davası*, Temmuz 1988 tarihli karar, par. 155; *Godinez Cruz davası*, 20 Ocak 1989, par. 163; *Fairen Garbi y Solis Corrales davası*, 15 Mart 1989 tarihli karar, par. 147; ve *Blake davası*, 24 Temmuz 1998 tarihli karar, par. 65.

kamu görevlileri tarafından yürütülen sadece yasadışı değil aynı zamanda özü itibarıyla gizli ve genellikle terör ortamı yaratmak için kullanılan yöntemlerle bağlantılı işlemlerle iç içe geçmiş olduğunu belirtmeye gerek yok. Bu eylemlerin yarattığı tehlikede olma hissi sadece kaybedilen kişinin ailesi ve yakınları arasında kalmaz; mağdurun mensubu olduğu tüm topluluk ve gruplara ve bir bütün olarak toplumun tamamına yayılır. Zorla ve İrade Dışı Kaybolmalar Çalışma Grubu isabetli bir şekilde zorla kaybetmelerin sadece mağdurların aileleri için yıkıcı etkileri olmadığını, ayrıca bu eylemleri tecrübe eden toplumlarda da çok yıkıcı etkilere yol açtığını kabul etmektedir.⁴⁹ Aynı görüş, zorla veya irade dışı kaybedilmelerin sadece kaybedilen kişinin ailesine değil “aynı zamanda topluma da” büyük ıstırap verdiğinin kabul edildiği 1981 tarihli Kızılhaç ve Kızılay Dernekleri Federasyonu XXIV. Uluslararası Konferansı’nda da dile getirilmiştir.⁵⁰ Bilhassa zorla kaybetmenin sistematik ya da yaygın olarak uygulandığı ulusal şartlar, zorla kaybetmenin toplumda yarattığı genelleşmiş güvensizlik ortamını görünür kılmaktadır.⁵¹ Aynı şekilde hakikati bilme isteği de toplum için haklı ve zaruri olmaktadır.

34. Temelde insan hakları ihlalleri için delil toplamak ve toplumun gerçekleşen olaylarla ilgili hakikati bilme ihtiyacına cevap vermek için hem batı yarımkürede hem de diğer kıtalarda “hakikat komisyonları” ve benzer başka mekanizmalar oluşturuldu. Farabundo Marti Ulusal Kurtuluş Cephesi ile El Salvador Hükümeti arasında 27 Nisan 1991’de imzalanan ve Hakikat Komisyonu kurulmasını düzenleyen Meksiko Anlaşmaları’nda, 1980 yılından beri yaşanan ağır şiddet olayları hakkında “Toplum, hakikatin derhal kamuya

⁴⁹ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/1985/15, par. 291.

⁵⁰ Kızılhaç ve Kızılay Dernekleri Federasyonu XXIV. Uluslararası Konferansı, 1981, Karar No: II “Zorla ve İrade Dışı Kaybolmalar”.

⁵¹ Örneğin, bkz. Arjantin’de İnsan Haklarının Durumuna Dair Rapor, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, OEA/Ser.L/V/II.49, doc.19, 11 Nisan 1980, s. 147; ve Guatemala’da İnsan Haklarının Durumuna Dair Üçüncü Rapor, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 16, 3 Ekim 1980, s. 113.

açıklanmasını talep etmektedir” deniliyordu.⁵² Guatemala Hükümeti ile Guatemala Ulusal Devrimci Birliği arasında 23 Haziran 1994 tarihinde imzalanan ve Guatemala halkına ıstırap veren şiddet eylemlerinin ve insan hakları ihlallerinin tarihi bir şekilde aydınlatılması için oluşturulan Komisyon da açıkça “Guatemala toplumunun hakikati tümüyle bilme hakkını” tanımıştır.⁵³

35. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu hakikati bilme hakkının bu boyutunu gittikçe artan bir biçimde etraflıca ele almıştır. Nitekim zorla kaybetmelerin toplumsal etkisi, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Guatemala'da insan haklarının durumu ile ilgili raporunda zorla kaybetmelerin Guatemala toplumunu ailevi, sosyal, manevi ve hukuki boyutlarda etkilediği sonucuna varmasını sağlamıştır.⁵⁴ Aynı doğrultuda ve genel bir prensip olarak Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu şöyle bir sonuca varmıştır:

“Her toplum, gerçekleşen olaylar hakkında olduğu kadar benzer olayların bir daha yaşanmaması için gayritabiî suçların işlendiği şartlar ve sebepler hakkında da vazgeçilemez bir biçimde hakikati bilme hakkına sahiptir.”⁵⁵

52 Meksiko Anlaşmaları, Anlaşma No. IV “Hakikat Komisyonu”, El Salvador Anlaşmaları: Barış Yolunda'nın içerisinde, Birleşmiş Milletler, DPI/1208-92615-Temmuz 1992-7M, s. 17 (orijinali İspanyolca, gayri resmi çeviri).

53 “Guatemala halkına ıstırap veren şiddet eylemleri ve insan hakları ihlallerinin tarihsel olarak aydınlatılması için komisyon kurulmasına dair Anlaşma” par. 2, Barış anlaşmaları içerisinde, Ed. Guatemala Cumhuriyeti Başkanlığı, Guatemala, 1977, [“Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el esclarecimiento histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimiento a la población guatemalteca”, preambulo, par. 2, in T. os Acuerdos de Paz. Ed. Presidencia de la Republica de Guatemala, Guatemala 1997] s. 33 (orijinali İspanyolca, gayri resmi çeviri).

54 Guatemala'da İnsan Haklarının Durumuna Dair Üçüncü Rapor, OEA/Ser.L/V/II.66. Doc. 16, 3 Ekim 1985, s. 28

55 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu, 1985-1986.OEA/Ser.L/V/II.68.,Doc. 8 rev 1, 28 Eylül 1986, s. 205 (orijinali İspanyolca, gayri resmi çeviri).

36. Daha yakın bir tarihte Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu şunu belirtmiştir:

“Hakikati bilme hakkı, hem demokratik bir sistemin işlemesi için gerekli olan bilgiye erişimi toplumlar için garanti altına alan kolektif bir hak hem de mağdurların yakınlarına bir tür telafi sağlayan bireysel bir haktır.”⁵⁶

37. Benzer bir perspektif, hakikati bilme ya da bilme hakkının mağdur ve/veya aile üyeleri veya akrabaları tarafından tüketilemeyecek bir hak olduğuna belirten, Medeni ve Siyasi Hak İhlalleri Faillerinin Cezasızlığı Uzmanı tarafından da kabul edilmiştir. Gerçekten de toplum devletin temsilcileri tarafından gerçekleştirilen bu zorla alıkonulmalar hakkında, mağdurların akıbeti hakkında, kamu görevlilerini yönetmek ve denetlemekten sorumlu yetkililere mahsus işlemler hakkında, hakikati bilme hakkına sahiptir. Uzmanın vardığı sonuç şudur:

“Hakikati bilme hakkı ihlallerin gelecekte tekrarlanmasını önlemek için tarihin üzerine çizgi çeken kolektif bir haktır.”⁵⁷

38. “Kolektif mağdur” uluslararası hukuka yabancı bir kavram değil. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi, mağduru “bireysel veya toplu olarak, fiziksel veya ruhsal biçimde yaralanma da dâhil olmak üzere manevi acılar çeken” (1. ve 18. maddeler) kimse olarak tanımlamaktadır.⁵⁸ Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu'nun Onarım Hakkı Uzmanı, bireylerin, grupların ya da toplulukların tamamının aleni insan hakkı ihlallerinin mağdurları olabilecekleri sonucuna varmıştır.⁵⁹

56 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Rapor No. 136/99, 22 Aralık 1999, Dava 10.488- *Ignacio Ellacuria ve diğertleri*, par. 224.

57 Medeni ve Siyasi Hak İhlallerinin Faillerinin Cezasızlığı Sorunu üzerine Uzman, Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/Sub.2/1997/20, par. 17.

58 Karar 40/34, of 29 Kasım 1985.

59 Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/Sub.2/1993/8, par. 14.

e- Hakikati bilme hakkının kapsamı

39. Zorla kaybetme mağdurlarının ailelerinin sahip olduğu hakikati bilme hakkı başlangıçta katı bir biçimde hakkın insani yönüne, yani sevilen kişinin akıbetini bilme hakkına dayanarak yorumlandı. Ancak uluslararası içtihat ve doktrin gelişimi hakikati bilme hakkının kapsamını gittikçe genişletti.

40. Günümüzde, devletlerarası insan hakları organları için hakikati bilme hakkı sadece zorla kaybetme olgusuyla sınırlı değil ve tüm insan hakları ihlallerini kapsıyor. Bu sebeple İnsan Hakları Komitesi mağdurlar ve yakınlarının insan hakları ihlalleriyle ilgili hakikati bilme hakkını teyit etmektedir.⁶⁰ Hakikati bilmek, salt insani yönünün ötesine geçmekte ve söz konusu ihlallerin hangi koşullarda gerçekleştiğini ve failerin kimler olduğunu bilmeyi de ifade etmektedir. İnsan Hakları Komitesi, Uruguay'daki bir işkence davasına dair kararında, mağdurun gözaltına alındığı ve işkence gördüğü koşulları bilmesini engelleyen af yasasının, kişiyi etkili bir başvuruda bulunma hakkından mahrum ederek Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne aykırılık oluşturduğu sonucuna varmıştır. Komite, soruşturma yükümlülüğünün sivil bir vatandaş olarak mağdurun üzerine düşmediğini, bu tip olaylardan kimin sorumlu olduğunu belirlemek zorunda olan Devlet'in yükümlülüğü olduğu sonucuna varmıştır.⁶¹ Söz konusu davada mağdur, hakikati bilme hakkını insani yönüne dayanarak ileri sürmemiştir; amaç "askeri yetkililer tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen ihlallerin soruşturulması suretiyle uygun tazmini"ni sağlamaktır.⁶²

⁶⁰ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Gözlemler ve Tavsiyeler-Guatemala, Birleşmiş Milletler Belgesi, CCPR/C/79/Add.63, par. 25.

⁶¹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 19 Temmuz 1994 tarihli karar, *Hugo Rodriguez davası (Uruguay)*, Başvuru No. 322/1988, Birleşmiş Milletler Belgesi, CCPR/C/51/D/322/1988, pars. 12 (3) ve 14.

⁶² Ibid, par. 3.

41. Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu'nun Onarım Hakkı Uzmanı'nın ve Cezasızlık Uzmanı'nın çalışmaları ile sundukları taslak prensipler de aynı prensibi ortaya koymaktadır: Hakikati bilme hakkı tüm insan hakları ihlallerini kapsar. Cezasızlıkla Mücadele için Eylem Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesine İlişkin Prensipler Seti taslağına göre, mağdurların aileleri ve yakınları "ihlallerin gerçekleştiği koşullar hakkında" hakikati bilme hakkına sahiptirler.⁶³ "Koşullar" kavramı hakikati bilme hakkının insani boyutunun ötesine geçer ve ihlallerin nasıl, ne zaman, neden ve kim tarafından gerçekleştirildiği bilgisini de kapsar. Taslak metin, "mahkeme dışı araştırma komisyonlarının" hakikati bilme hakkını güvence altına alan mekanizmalardan biri olarak "olayları ortaya çıkarması", "ihlal sisteminin Devlet mekanizmalarını açıklaması ve analiz etmesi", "mağdurları ve izlerini sürerek suça karışan idari yönetimleri, kuruluşları ve özel kurumları tanımlaması" gerektiğini belirtmektedir.⁶⁴ Kısacası bu görevler, mahkeme dışı bir araştırma komisyonu çerçevesinde hakikati bilme hakkının önemini ortaya koymaktadır. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsani Hukuk İhlallerinin Mağdurlarının Giderim ve Onarım Hakkına Temel ve Rehber İlkeler taslağının son halinde de, "olayların doğruluğunun ispatlanması ve hakikatin tamamen ve aleni bir şekilde açığa çıkarılması"⁶⁵ tazmin kriterleri açısından bir onarım biçimi olarak değerlendirilmektedir. Taslak metinde "hakikatin tamamı" ifadesinin kapsamı tanımlanmasa da bu ifadenin hakikatin sadece insani yönüyle kısıtlı olmadığı aşikârdır.

42. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, hakikati bilme hakkının kapsamını ve içeriğini dereceli olarak tanımlamıştır. Başlangıçta bu hak, meydana gelen olayların yanı sıra bu suçların

⁶³ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/Sub.2/1997/Rev.I, EK I, Prensip 3.

⁶⁴ Ibid, Prensip 5, 7 ve 8.

⁶⁵ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/2000/62, EK, s. 11, Prensip 25 (b).

işlendiği koşulları ve sebepleri bilme hakkı olarak tanımlandı.⁶⁶ Son dönemdeki kararlarda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu bu kapsamı “vuku bulan olayları, olayların kendine özgü şartlarını ve olaylarda kimin yer aldığı hakkında tam, eksiksiz ve aleni hakikati” bilme hakkı olarak ifade ederek daha açık bir şekilde tanımladı.⁶⁷

III. Hakikat, Zorla Kaybetme ve İşkence Yasağı

43. Kaybedilenlerin yakınlarının sahip olduğu hakikati bilme hakkı, yine bu kişilerin de sahip olduğu işkence ya da diğer zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye veya cezaya maruz kalmama hakkı ile yakından ilişkilidir. Hem Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun hem de Zorla ve İrade Dışı Kaybolmalar Çalışma Grubu'nun deneysel gözlemleri bu konudaki tüm kavramsal araştırmaların üzerinde ve ötesinde bir kesinliğe sahiptir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu 1979 yılında, [zorla kaybetme] mağduru ile herhangi bir temastan mahrumiyetin ve bu belirsizliğin aile bireylerinde ve özellikle de bazı vakalarda ebeveynlerinin ya da yakınlarının alıkonulmasına tanıklık eden çocuklarda ağır ruhsal bozukluklar yarattığını belirtmiştir.⁶⁸

44. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Arjantin'deki zorla kaybetmeler sorunu ile ilgili çalışmasındaki gözlemleri şöyleledi:

“[Ebeveynleri kaybedilen] bu çocukların pek çoğu ebeveynlerini bir daha asla görmeyecekler

⁶⁶ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu, 1985-1986.OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8, rev. 1, 28 Eylül 1986, s. 205 (orijinali İspanyolca, gayri resmi çeviri).

⁶⁷ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Rapor No. 37/00, 13 Nisan 2000, dava 11.481 - *Monsefiar Oscar Arnulfo Romero y Galdamez*, par. 148. Ayrıca bkz. Rapor No. 136/99, 22 Aralık 1999, Dava 10.488 - *Ignacio Ellacuria S.J. ve diğerleri*, par. 221; ve Rapor No. 1/99, 27 Ocak 1999, Dava No. 10.480 - *Lucio Parada Cea ve diğerleri*, par. 147.

⁶⁸ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu, 1978. OEA/Ser.L/II.47, doc. 13 rev. 1, 29 Haziran 1979, s. 23 (orijinali İspanyolca, gayri resmi çeviri).

ve dolayısıyla bu kaybedilmelere dair anıları yüzünden birçok psikolojik bozukluk miras alacaklar. [...] 18-25 yaşları arasında sayısız kadın ve erkek, ebeveynlerinin ya da kız veya erkek kardeşlerinin akıbeti hakkında hiçbir bilgi sahibi olmadan geçen zamanın yarattığı kaygılardan zarar görüyor. Eşlerinden şiddet yoluyla ayrılmış kadın ve erkekler, içerisinde buldukları durumun yarattığı çeşitli ekonomik problemlerin şiddetlendirdiği ciddi duygusal rahtsızlıklarla yaşıyor. Hala evli mi olduklarını dul mu kaldıklarını bilmeyen pek çok kadın ve erkek var. Pek çoğu, babanın ya da annenin fiziksel ve manevi eksikliğinin her gün hissedildiği bir hanenin varlığını devam ettirmeye çalışmanın yarattığı stres yüzünden huzur, denge ve güvenlik hissini kendi içlerinde bir daha asla yakalayamayacak.”⁶⁹

45. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 1978 yılında “[Zorla kaybetmeden kaynaklanan] bu koşulları kaybolan kişilerin yakınlarına, özellikle de eşlerine, çocuklarına ve ebeveynlerine yaşattığı acı ve keder” den duyduğu dehşeti açıkça ifade etti.⁷⁰ Genel Kurul sonraki kararlarında da bu kaygısını tekrar etti.⁷¹ Zorla kaybetme eylemiyle kaybolan kişilerin ailelerine yaşatılan endişe, acı ve ağır ıstırap normatif olarak da kabul edildi ve tanımlandı. Nitekim Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1992 yılında kabul edilen Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri'de, “Zorla kayıp edilme, kişileri kanunun korumasının dışında bırakmakta ve hem kaybolan kişilere hem de ailelerine büyük acılar vermektedir” (madde 1/2) denilerek bu husus açıkça ifade edildi. Bildirinin dili çok kati ve açık: zorla kaybetme, kaybedilen kişilerin ailelerine başlı başına (*per se*) ağır ıstırap vermektedir.

⁶⁹ Arjantin'de İnsan Haklarının Durumuna Dair Rapor, OEA/Ser.L/II.49, doc. 19, 11 Nisan 1980, s. 148 (orijinali İspanyolca, gayri resmi çeviri).

⁷⁰ Karar 33/173, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen “Kayıp kişiler”, 20 Aralık 1978.

⁷¹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun, 1988 tarihi 43/159 no'lu, 1990 tarihli 44/160 no'lu, 1991 tarihli 46/125 no'lu ve 1992 tarihli 47/132 no'lu Kararları.

a- Uluslararası İnsan Hakları Koruma Sistemi

46. İnsan Hakları Komitesi, kaybolan kişi ve aile üyeleri arasındaki iletişimin engellenmesinin, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi tarafından da korunan işkence ya da diğer zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalmama hakkının başlı başına (*per se*) ihlali olduğunu belirtmiştir.⁷²

İşkence ve kötü muamele yasağı ile hakikati bilme hakkı arasında açıkça ilişki kurulan ilk karar, İnsan Hakları Komitesi'nin Maria del Carmen Almeida de Quinteros ve Elena Quinteros de Almeida kararındır. Söz konusu davada Komite aşağıdaki sonuçlara varmıştır:

"Komite, kızının kaybolmasının ve sonrasında nerede olduğu ve akıbeti hakkında devam eden belirsizliğin annede yarattığı keder ve stresi anlamaktadır. Başvurucunun kızına ne olduğunu bilmeye hakkı vardır. Bu bakımdan, kendisi de kızının maruz kaldığı Sözleşme ihlallerinin bilhassa da 7. maddenin ihlalinin mağdurdur."⁷³

İnsan Hakları Komitesi bu kararında, kaybolan kişinin annesinin maruz kaldığı derin ıstırabın başlı başına (*per se*) işkence ya da diğer zalimane veya insanlık dışı muamele yasağının ihlali olduğunu, sorgulamaksızın kabul etmiştir. İnsan Hakları Komitesi annenin yaşadığı keder ve ıstıraba dair

bir kanıtı gerek duymamış ve zorla kaybetmenin ve aile bağının varlığını yeterli bulmuştur.

47. İnsan Hakları Komitesi, Sözleşmeye Üye Devletler için Sonuç Gözlemleri'nde bu prensibi tekrarlamıştır. Cezayir tarafından sunulan

⁷² Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi: 25 Mart 1996 tarihli Karar, Başvuru no. 542/1993, *Katombe L. Tshishimbi davası (Zaire)*, CCPR/C/56/542/1993, par. 5.5; ve 25 Mart 1996 tarihli karar, Başvuru no. 540/1996, *Ana Rosario Celis Laureano davası, (Peru)*, CCPR/C/56/540/1993, par.8.5.

⁷³ İnsan Hakları Komitesi: 21 Temmuz 1983 tarihli karar, Başvuru no. 107/1981, *Maria del Carmen Almeida de Quinteros davası (Uruguay)*, par. 14.

rapora dair Sonuç Gözlemleri'nde Komite, kaybedilen kişilerin aile üyeleri bakımından Devletin söz konusu zorla kaybetmelere dair hiç bilgi sağlamaması ya da yetersiz bilgi sağlamasının Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesinin ihlali oluşturacağı sonucuna varmıştır.⁷⁴ Benzer bir şekilde Uruguay tarafından sunulan rapora dair Sonuç Gözlemleri'nde Komite, kaybedilen kişilerin aile üyelerine uygulandığı göz önüne alındığında "Devletin Cezalandırıcı Yetkilerini Fesih Kanunu"nun zorla kaybetmelerin etkili bir biçimde soruşturulması ihtimalini engellediği için Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesinin ihlali oluşturacağı sonucuna varmıştır.⁷⁵

b- Avrupa İnsan Hakları Koruma Sistemi

48. Yakın bir zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kişilerin zorla kaybedilmesinin farklı yargısal boyutlarına dair bir karar verdi. 25 Mayıs 1998 tarihli Kurt/Türkiye kararında Mahkeme, kaybedilen kişinin annesi bakımından zorla kaybetmenin, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesi ile korunan işkence ve kötü muamele yasağının ihlali oluşturduğuna kanaat getirmiştir.⁷⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurusuna karşılık devlet yetkililerinin hareketsizliği bağlamında, kaybolan kişinin annesinin yaşadığı kaygının başlı başına (*per se*) Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesi ile korunan güvencenin ihlali olduğunu zımnen ifade etmiştir. Bu sonuca varmak için Mahkeme, kaybolan kişinin annesinin yaşadığı acıya dair herhangi bir ek delile ihtiyaç duymamış, mağdurla aile bağını yeterli saymıştır.

⁷⁴ Birleşmiş Milletler Belgesi, CCPR/C/79/Add.95, 18 Ağustos 1998, par. 10.

⁷⁵ Birleşmiş Milletler Belgesi, CCPR/C/79/Add.90.

⁷⁶ 25 Mayıs 1998 tarihli karar, *Kurt/Türkiye*, Dava No. 15/19997/799/1002, par. 134.

c- Amerikalılar Arası İnsan Hakları Koruma Sistemi

49. Amerikan Devletleri Örgütü (OAS) Genel Kurulu'na sunduğu 1977 yılı senelik raporunda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, zorla kaybedilen kişinin akıbeti hakkında yaşadıkları belirsizlik sebebiyle ailesi ve arkadaşları için zorla kaybetmenin gerçek bir işkence türü olduğunu belirtmiştir.⁷⁷ Bu kanaat Komisyon tarafından sonraki pek çok senelik raporda da tekrar edilmiştir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Arjantin raporunda, kaybedilenin ailesi tarafından yaşanan ıstırapın, (kaybedilen kişi hakkındaki) durum sorumlularca ve kesin bir şekilde aydınlatılana kadar devam edeceğine karar vermiştir.⁷⁸

50. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Blake kararında Nicholas Blake'in zorla kaybedilmesinin aile üyelerinin psikolojik ve manevi bütünlüğüne zarar vererek ağır ıstırap ve kaygıya yol açtığını tespit etmiştir. Amerikalılar Arası Mahkeme bu ıstırapın Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin ihlalini oluşturduğuna karar vermiştir.⁷⁹

IV. Hakikati Bilme Hakkı ve Onarım Hakkı

51. Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu'nun Onarım Hakkı Uzmanının bu hakka dair taslak prensiplerin belirlendiği çalışmasında, hakikati bilme hakkının varlığı tanınmaktadır. Uzman bu sorunu onarım hakkı perspektifinden ele almakta ve daha belirgin bir biçimde insan

⁷⁷ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu, 1977-1978. OEA/Ser.L/V/II.43, doc.21, corr.I, p. 24. bkz.

Arjantin'de İnsan Haklarının Durumuna Dair Rapor. 1980. OAS belgesi OEA/Ser.L/V/II/49, doc. 19, p. 59.

⁷⁸ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Arjantin'de İnsan Haklarının Durumuna Dair Rapor 1980. OAS belgesi, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, p. 147.

⁷⁹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 24 Ocak 1998 tarihli karar, *Blake davası*, s. 116.

hakları ihlalleri hakkında meydana gelenleri bilme hakkının bir tazmin yöntemi olduğu kanaatine varmaktadır.

52. Uzman Prof. Theo van Boven ilk çalışmalarından birinde, resmi soruşturma sonucu hakikatin keşfedilmesinin mağdurlara sağlanan önemli tazmin yöntemlerinden biri olduğunun göz ardı edilmemesi gerektiğine işaret etmektedir.⁸⁰ Uzman özellikle bu ifadeyi kullanmasa da "hakikati bilme hakkı"na "onarım hakkı"nın bir bileşeni olarak, tazmin kriterleri altında yer vermiştir. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsani Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Giderim ve Onarım Hakkına Dair Temel ve Rehber İlkeler⁸¹ taslağında, onarımın ve tazminin yöntemlerinden birinin de "olayların ortaya çıkarılması ve hakikatin tamamının aleni bir şekilde açıklanması" anlamına geldiği, bir ilke olarak kabul edilmiştir.

53. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, hakikati bilme hakkının "ayrıca mağdurların yakınları için, tazminin bir türünü karşılayan özel bir hak" olduğuna karar vermiştir.⁸² Yakın tarihli bir kararında Komisyon ayrıca şu sonuca varmıştır:

"Vuku bulan olayları, olayların kendine özgü şartlarını ve olaylarda kimin yer aldığı hakkında tam, eksiksiz ve aleni hakikati kişilerin ve toplumun bilme hakkı, tazmin ve tekrarlanmama garantisi bakımından insan hakları ihlallerinde onarımın bir parçasıdır."⁸³

⁸⁰ "İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Ağır Bir Şekilde İhlal Edilen Mağdurlara Onarım, Giderim ve Tazminat Hakkı Sağlanmasına Dair Çalışma", Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/1990/10, par. 40.

⁸¹ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/2000/62, ek.

⁸² Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Rapor No. 136/99, 22 Aralık 1999, *Ignacio Ellacuria ve diğerteri*, par. 224.

⁸³ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Rapor No. 37/00, 13 Nisan 2000, Dava 11.481, *Monsenor Oscar Arnulfo Romero y Galindez - El Salvador*, par. 148.

V. Hakikati Bilme Hakkı, Hukuki Güvenceler ve Etkili bir Hukuk Yoluna Başvurma Hakkı

54. Zorla kaybedilme mağdurlarının ailelerinin hakikati bilme hakkı, hukuki güvencelerin yanı sıra etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkıyla da yakından ilişkilidir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Blake davasında verdiği kararda bu yapısal ilişkiyi açıkça ortaya koymuş ve şunları belirtmiştir:

"Sözleşme'nin, 'tüm zorla kaybetme fiilleri, mağdurları hukuki korumanın dışına çıkarır ve mağdurun ve ailesinin büyük ıstırap yaşamasına sebep olur" hükmünü taşıyan 8/1. maddesi de mağdur yakınlarının hukuki güvence hakkını içerir. [...] Dolayısıyla Amerikan Sözleşmesi'nin 8/1. maddesi Nicholas Blake'in yakınlarının onun ölümünün ve kaybedilmesinin etkili bir biçimde soruşturulmasını isteme hakkını tanımaktadır."⁸⁴

55. Kaybedilen kişinin nerede olduğunu ve akıbetini bilme hakkı sadece ailesinin soruşturma başlatılması girişimiyle yerine getirilmez. İç hukukta etkili olan hükümlerin uygulanması doğası gereği, kaybedilen kişinin yerinin ve akıbetinin belirlenmesi için uygulanması gereken yöntemdir. Bu husus Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin Blake kararında da Amerikan Sözleşmesi'nin 25. maddesi'ne atıf yapılarak belirtilmiştir:

"...Devletin etkili bir iç hukuk yolu sağlama yükümlülüğü, hürriyetinden yoksun kılınan kişilerin yerini belirlemede ve her koşulda zorla kaybetmeleri engellemede önemli bir araçtır."⁸⁵

56. Aynı şekilde sevdikleri kaybedilen aile üyelerinin kaybedilen kişinin yerini ve akıbetini bilme hakkı ile kaybedilen kişinin akıbetinin ortaya çıkarılması için mahkemelere başvuruda bulunulması arasında da yapısal bir bağlantı vardır. Bu bağlantı Zorla Kaybedilmeye Karşı

⁸⁴ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 24 Ocak 1998 tarihli karar, *Blake davası*, par. 97.

⁸⁵ *Ibid*, par. 103.

Herkesin Korunmasına Dair Bildiri'de (madde 9) ve *Zorla Kaybedilmeye Karşı Amerikan Sözleşmesi*'nde (madde 10) de kurulmuştur. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu bu bağlantıyı şöyle kurmaktadır:

"Hakikati bilme hakkı ayrıca, Amerikan Sözleşmesi'nin içeriğindeki hakların korunması için kolayca ve ivedilikle başvuruda bulunma hakkını da içeren 25. maddesiyle de ilişkilidir."⁸⁶

VI. Hakikati Bilme Hakkı ve Bilgi Edinme Hakkı

57. Bilgi edinme hakkı Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yanı sıra (madde 13) Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (madde 19) ile de korunmaktadır. Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri her türlü hürriyetinden yoksun kılma halini, alıkonulmanın nerede gerçekleştirildiğini ve kaybetme söz konusu ise soruşturmadan elde edilen tüm bulguları bilme hakkını tanımaktadır (10. ve 13. maddeler). Benzer şekilde Birleşmiş Milletler'in Yasadışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkili Bir Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulması Hakkında Prensipleri de hürriyetten yoksun bırakma, alıkonulma yeri ve sevdiklerinin ölümüne ilişkin soruşturmanın gidişatı hakkında bilgi edinme hakkını tanımaktadır (6. ve 16. prensipler). Ayrıca Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsani Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Giderim ve Onarım Hakkına Dair Temel ve Rehber İlkeler'e⁸⁷ göre, mağdurun (ve ailesinin) başvuruda bulunma hakkı "ihlallere dair olgusal bilgilere erişim" hakkını da içermektedir (prensip 11).

58. Hakikate erişim hakkı ile bilgiye erişim ve bilgi edinme hakkı arasında yapısal bir ilişki vardır. Genel olarak, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun defalarca değerlendirdiği gibi; "Ağır insan hakları ihlallerine yol açan olaylara dair hakikati [...] ve bu olaylarda yer alanların

⁸⁶ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Rapor No. 136/99, 22 Aralık 1999 tarihli karar, Dava 10.488 - *Ignacio Ellacuria S.Jetal*, par. 225.

⁸⁷ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/2000/62, ek.

kimliklerini bilme hakkı, devletin mağdurların ailelerine ve genel olarak da topluma karşı yerine getirmesi gereken bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük Amerikan Sözleşmesi'nin 1/1, 8/1, 25 ve 13. maddelerinden doğmaktadır."⁸⁸ Aynı doğrultuda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu şunu belirtmektedir:

"Amerikan Sözleşmesi bilgiye ulaşma ve bilgi edinme hakkını, özellikle de Mahkeme ve Komisyon tarafından Devletin kişinin akıbetini ortaya çıkarma yükümlülüğü bulunduğunun belirtildiği zorla kaybetme vakalarında korumaktadır."⁸⁹

VII. Güvence Altına Alma Yükümlülüğü

59. Uluslararası insan hakları hukuku devletlere iki kategoride yükümlülük getirmektedir: biri insan hakları ihlallerinden kaçınma yükümlülüğü ve diğeri de bu haklara saygı gösterilmesini garanti altına alma yükümlülüğüdür. İlki devletin doğrudan insan haklarını -ister icrai ister ihmali olsun- ihlal etmeme yükümlülüğü ile ilişkili bir dizi yükümlülüğün oluşmaktayken; ikincisi devletin bireylere sağlamakla yükümlü olduğu, insan hakları ihlallerinin soruşturulması, cezalandırılması ve onarım haklarına işaret eder. Yani devlet hukuki açıdan insan haklarının garantörü konumundadır ki bu konum hakların korunması ve sağlanması ile ilgili önemli yükümlülükler doğurur. İşte bu sebebe dayanarak içtihat ve doktrinde "garanti altına alma yükümlülüğü" kavramı devletin insan hakları konusunda bu hukuki pozisyonundan kaynaklanan temel bir kavram olarak incelenmektedir. Dolayısıyla, bireylerin haklarını tam olarak güvence altına alma

⁸⁸ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Rapor No. 136/99, 22 Aralık 1999 tarihli karar, Dava No.10.488 - *Ignacio Ellacuria ve diğ.leri*, par. 221. Ayrıca bkz.: Rapor 37/00, 13 Nisan 2000 tarihli karar, Case 10.481 *Monsenor Oscar Arnulfo Romero y Galdamez*, par. 142 ve Rapor 1/99, 27 Ocak 1999, Dava 10.480 - *Lucio Parada Cea ve diğ.leri*, par. 147.

⁸⁹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Rapor 1/99, 27 Ocak 1999, Dava 10.480, *Lucio Parada Cea ve diğ.leri*, par. 151.

görevini üstlenen devlet, haliyle bu alanda hem sözleşmelerden hem de teamül hukukundan kaynaklanan uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır.

60. Güvence altına alma yükümlülüğü özetle, "İnsan haklarını güvence altına almak ve korumak gibi birtakım yükümlülüklerden... [ve] hukuka aykırı davranışları engellemek ve eğer gerçekleşirse soruşturmak, adalete teslim etmek, sorumluları cezalandırmak ve mağdurların zararını tazmin etmek gibi görevlerden"⁹⁰ oluşmaktadır. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "İnsan hakları sözleşmelerinin amacı, devletler arasında karşılıklı ilişkiler kurmak değil her insanın bu hakları ve özgürlükleri kullanmasını güvence altına almaktır"⁹¹ ifadesini de göz önünde bulunduracak olursak, güvence altına alma yükümlülüğü çeşitli insan hakları sözleşmelerinde açıkça kabul edilmiştir. Güvence altına alma yükümlülüğü Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1/1. maddesinde tesis edilmiştir. Bu maddenin analizi konusunda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi yerleşmiş içtihatlarında taraf devletlerin genel bir yükümlülük olarak Sözleşme'nin kapsadığı tüm hakları tanıma ve güvence altına alma yükümlülüğü altına girdiklerini belirtmektedir. Mahkeme'nin bu kabulüne göre:

"Devletler Sözleşme ile tanınan tüm hakların ihlallerini soruşturmak ve cezalandırmak ve dahası, eğer mümkünse eski hale getirmek ve ihlalden kaynaklanan zararlar için güvence olarak tazminat ödemek zorundadır. [...] ve Devletler insan hakları ihlallerini önlemek için makul adımlar atmak ve kendi yetki alanları içerisinde gerçekleştirilen ihlallerin sorumlularını tespit etmek, bu sorumlulara uygun cezayı

⁹⁰ Birleşmiş Milletler El Salvador Gözlem Heyeti, ONUSAL, 19 Şubat 1992 tarihli Rapor, Birleşmiş Milletler Belgesi, A/46/876 S/23580, par. 28.

⁹¹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Tavsiye Kararı QC-1 /82, 24 Eylül 1982. Mahkemenin Tavsiye Kararlarına Tabi olan Diğer Anlaşmalar, Seri A: Hükümler ve Kararlar - No.1, par. 24.

vermek ve mağdurlara yeterli tazmini sağlamak için elindeki tüm araçları kullanarak ciddi bir soruşturma yürütmek zorundadır."⁹²

61. Devletlerin sorumluluğu yalnızca kendilerine bağlı kişi ve kurumların icrai ya da ihmali hareketiyle bireylerin haklarına tecavüz etmeleri durumunda değil; aynı zamanda, olayları araştırmak, insan hakları ihlallerini soruşturmak, mağdurlara onarım sağlamak ve ailelerinin haklarını korumak konusunda uygun eylemleri gerçekleştirmezlerse de ortaya çıkar. Bu yüzden Devletler tarafından güvence altına alma yükümlülüğünü ihlal ya da bu yükümlülüğe riayetsizlik uluslararası sorumluluk doğurur.

62. Garanti altına alma sorumluluğunu oluşturan yükümlülükler özü itibarıyla alternatif ya da yedek değil tamamlayıcıdır. Bu nedenle mesela, Birleşmiş Milletler Hukuk Dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazlar Özel Raportörü'ne göre; "Hükümetler uluslararası hukuka göre yaşam hakkının ihlali iddiaları karşısında, failleri tespit etmek, adalet önüne çıkarmak ve cezalandırmak, mağdurlara ve yakınlarına tazminat vermek ve benzer ihlallerin gelecekte gerçekleşmesini önlemek için etkili hükümler getirmek için eksiksiz ve tarafsız bir soruşturma yürütme yükümlülüğü altındadır. Bu dört katmanlı yükümlülüğün ilk iki bileşeni insan hakları ihlallerinin engellemesinde başlı başına en önemli caydırıcı rolü oynamaktadır. [...] Mağdurların ve ailelerin uygun bir tazminat elde etme hakkının tanınması hem devletin kendi birimlerinin eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğu kabul etmesi hem de insana saygının bir ifadesidir. Tazmin sağlamak, insan hakları ihlalleri iddialarının faillerinin belirlenmesi ve yargılanması maksadıyla soruşturma yürütme yükümlülüğünü yerine getirmenin ön şartıdır. Maddi ya da diğer yollarla mağdurlara ya da yakınlarına bu soruşturmaların başında ya da soruşturmalar sona erince tazminat sağlamak hükümetleri,

⁹² Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 29 Temmuz 1988 tarihli karar. *Velasquez Rodriguez davası*, Seri C: Hükümler ve Kararlar. N° 4. para. 166 ve 174.

garanti altına alma yükümlülüğünden muaf kılmaz."⁹³

63. Güvence altına alma yükümlülüğünü meydana getiren bu yükümlülükler birbiriyle bağlantılıdır. Dolayısıyla insan hakları ihlallerinden sorumlu olanların yargılanması ve cezalandırılması yükümlülüğü, olayların soruşturulması ile yakından ilişkilidir. Bununla birlikte "Devletin bunu yerine getirmek için bu yükümlülüklerden hangisinin gerekli olduğuna dair seçim yapması mümkün değildir."⁹⁴ Bu yükümlülükler ayrı ayrı yerine getirilebilecek olsalar dahi bu durum devleti, bu yükümlülüklerin her birini yerine getirme görevinden muaf kılmaz.

64. Hakikati bilme hakkı devletlerin kendi iradeleriyle imzaladıkları, insan haklarını ve özgürlüklerini koruyan sözleşmelerle yerine getirmeyi addettikleri yükümlülüklerinin yanı sıra, uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan yükümlülükleriyle de çok yakından ilgilidir. Kuşkusuz mağdurların aileleri, yürütülen herhangi bir soruşturmanın, sevdiklerinin akıbeti ve yaşadıkları işkencenin koşullarına dair hakikati öğrenmelerinin yanı sıra yakınlarının maruz kaldığı insan hakları ihlallerinden doğrudan sorumluluğu olan kişilerin kimliklerinin kamuya açıklanmasını da sağlayacak şekilde eksiksiz olarak yürütülmesini bekleme hakkına sahiptirler. Aynı şekilde, hakikat, sorumlu olunan insan haklarına uygun olan tazminat oranının değerlendirilmesi için de zaruridir. Bununla birlikte devletin hakikati bilme hakkını garanti altına alma yükümlülüğü, garanti altına alma yükümlülüğü çerçevesi içerisindeki sorumluluğuna dahil olan diğer yükümlülüklerinin, yani soruşturma ve adaleti

⁹³ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/1994/7, para. 688 ve 711.

⁹⁴ Mendez, Juan, "Ağır İnsan Hakları İhlalleri Karşısında Hakikati Bilme Hakkı", İnsan Hakları Sözleşmelerinin Yerel Mahkemelerde Uygulanması, içerisinde, derleyenler Martin Abregu ve Christian Courtis ["Derecho a la Verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos", in La aplicacion de los tratados .sobre derechos humanos por tribunales locales], Ed. CELS, Buenos Aires, 1997, s. 526 (orijinali İspanyolca, gayri resmi çeviri).

sağlama yükümlülüklerinin bir yedeği ya da alternatifi olamaz. Bu çift yönlü yükümlülük diğer yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmemesinden bağımsız olarak varlığını sürdürmeye devam eder.

VIII. Soruşturma Yükümlülüğü

65. "Garanti altına yükümlülüğü" nün bileşenlerinden biri, bireylerin haklarının ihlal edildiğine dair ister ihtimali ister fiili bir durum söz konusu olsun devletin "soruşturma yükümlülüğü" altında olmasıdır. Haziran 1993'te Viyana'da gerçekleştirilen Dünya İnsan Hakları Konferansı'nda yer alan devletler, Viyana Bildirisi ve Eylem Programı'nın altına imza atmakla, zorla kaybetmeler konusunda bu yükümlülüğü kabul etmişlerdir:

"Bu Konferans, her ne koşulda olursa olsun tüm Devletlerin, kendi yetki alanları içerisinde kalan topraklarda bir zorla kaybetme yaşandığına dair bir neden var olduğunda soruşturma yapma ve eğer iddialar kanıtlanırsa faillerini cezalandırma yükümlülüğünü yeniden tasdik eder."⁹⁵

66. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi bireysel şikayetlere dair pek çok kararında bu hususu şöyle teyit etmiştir: "Üye devlet, insan hakları ihlallerine bilhassa da kişilerin zorla kaybedilmesine ve yaşam hakkı ihlaline dair iddiaları derinlemesine soruşturmak ve ceza yargılaması yaparak bu ihlallerden sorumlu olanları yargılamak ve cezalandırmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, bu ihlallerin faillerinin tespit edildiği durumlarda evleviyetle (*a fortiori*) uygulanır."⁹⁶

67. Birleşmiş Milletler Yasadışı, Yargısız ve

⁹⁵ Dünya İnsan Hakları Konferansı, Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı, Birleşmiş Milletler Belgesi, A/CONF. 157/23, par 62.

⁹⁶ İnsan Hakları Komitesi, 27 Ekim 1995 tarihli karar, *Nydia Erika Bautista davası (Kolombiya)*, Başvuru no. 563/1993, doc. CCPR/C/55/D/563/1993; ve 29 Temmuz 1997 tarihli karar, *Caso Jose Vicente ve Amado Villafane, Luis Napoleon ve Angel Maria Torres Crespo ve Antonio Hugues Chaparro (Kolombiya)*, Başvuru no. 612/1994, doc. CCPR/C/60/D/612/1995.

Keyfi İnfazlar Özel Raportörü kendi bölümünde, uluslararası hukukta şart koşulduğu gibi soruşturma yükümlülüğünün varlığını defalarca teyit etmiştir. "Yaşam hakkı ihlallerine dair iddiaları eksiksiz ve tarafsız bir biçimde soruşturmak devletlerin yükümlülüğüdür."⁹⁷ Bu yükümlülük "insan haklarının etkili bir biçimde korunması için temel sütunlardan birini" oluşturur.⁹⁸ Birleşmiş Milletler Onarım, Giderim ve Tazminat Hakkı Uzmanı da aynı şekilde şunu belirtmiştir; "Bir insan hakları sözleşmesine taraf devletlerin maddi gerçekleri soruşturma yükümlülüğü [...] vardır."⁹⁹

68. Soruşturma yükümlülüğü davranış yükümlülüğü olarak tabir edilen bir yükümlülüktür.¹⁰⁰ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirttiği gibi devletler, yetkileri dahilindeki tüm araçları kullanarak soruşturma yapma yükümlülüğü altındadır ve bunu göz önünde bulundurarak yetkililer, insan hakları ihlallerine dair tüm iddiaları özenle ve ciddiyetle soruşturmak zorundadır.¹⁰¹ Bu demek oluyor ki soruşturma yükümlülüğü, bu ihlalleri yaratan koşulları ve olayları aydınlığa kavuşturmak ve failleri tespit etmek için gereken tüm işlemleri gerçekleştirmek için kendiliğinden (*motu proprio*) harekete geçerek yerine getirilir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin de belirttiği gibi bu sadece bireysel bir menfaat meselesi değil hukuki bir yükümlülüktür.¹⁰²

⁹⁷ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/1997/60, par. 46.

⁹⁸ Birleşmiş Milletler Yasadışı, Yargısız ve Keyfi İnfazlar Özel Raportörü, İnsan Hakları Komisyonuna sunulan Rapor, Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/1993/46, par. 686.

⁹⁹ Birleşmiş Milletler Onarım, Giderim ve Tazminat Hakkı Uzmanı, Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/Sub.2/1992/8, par. 52.

¹⁰⁰ Mendez, Juan, "Geçmişteki İhlaller için Hesap Verebilirlik", *Human Rights Quarterly*, Sayı 19, No 2, 1997, s. 264 ff.

¹⁰¹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 29 Temmuz 1988 tarihli karar, a.g.e., par. 174.

¹⁰² Ibid, par. 177.

İnsan Hakları Komitesi de aynı anlayışla karar vermektedir.¹⁰³ Bu da soruşturmaların, herhangi bir resmi şikayet ya da ihbar olup olmadığına bakılmaksızın yetkililer tarafından otomatik olarak gerçekleştirilmesi gerektiği anlamına gelmektedir.

69. Pek çoğu özü itibarıyla bildirimde bulunan çok sayıda uluslararası doküman da yetkililerin soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmesi için gereken kriterleri ve özellikleri detaylı bir şekilde ortaya koymaktadır. Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Bildiri'nin 13. maddesi yetkilileri "esaslı ve tarafsız bir soruşturma" yürütme yükümlülüğü altına sokmaktadır. Yasadışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkili Bir Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulması Hakkında Prensipler de soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için birtakım kriterler belirlemekte ve "esaslı, hızlı ve tarafsız bir soruşturma" yürütülmesinin gerekli olduğunu belirtmektedir. Yasadışı, Keyfi ve Yargısız İnfazlar Özel Raportörü, bu prensiplerde belirtilen hükümlere uyulmamasının, devlet görevlilerinin yargısız veya keyfi infazlarda doğrudan yer aldığı kanıtlanmasa dahi devletin sorumluluğuna kanıt teşkil ettiğini defalarca belirtmiştir.¹⁰⁴

70. Zorla kaybetme söz konusu olduğunda bu insan hakkı ihlalinin özel niteliği sebebiyle soruşturma yükümlülüğü kendine özgü bir boyutta, yani kaybedilen kişinin maruz bırakıldığı tümüyle savunmasız konum ve suçun hem muhtelif insan hakları ihallerinden müteşekkil hem de devam eden ya da kesintisiz bir ihlali barındıran doğası göz önünde bulundurularak yerine getirilmelidir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi devletlerin zorla kaybetmeye dair herhangi bir ihbarı ivedilikle ve gecikmeksizin soruşturma ve kaybedilen kişinin ailesine kişinin akıbeti ve yeriyle ilgili bilgi sağlama yükümlülüğü olduğunu

¹⁰³ İnsan Hakları Komitesi, 19 Temmuz 1994 tarihli karar, Başvuru No. 322/1988, *Hugo Rodriguez davası (Uruguay)*, Birleşmiş Milletler Belgesi, CCPR/C/51/D/322/1988, par. 12(3).

¹⁰⁴ Birleşmiş Milletler Belgeleri, E/CN.4/1991/36, par. 591 ve E/CN.4/1990/22, par 463.

belirtmiştir.¹⁰⁵ Aynı doğrultuda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile ilgili olan 6 (16) numaralı Genel Yorumu'nda devletlerin, "yaşam hakkının ihlalini içerebilecek durumlarda kaybolan ya da kaybedilen kişilerle ilgili vakaları derinlemesine soruşturma ve bu soruşturmalarda etkili yöntem ve usulleri oluşturma" yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁶ Benzer bir tavsiye, Zorla Kaybetmeler Çalışma Grubu tarafından Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'na sunulan 46. Dönem Raporu'nda formüle edilmiştir.¹⁰⁷ İnsan Hakları Komisyonu devletlere, bir kişinin zorla kaybedildiğine inanılıyorsa yetkililer tarafından hızlı ve tarafsız bir soruşturma yürütülmesi gerektiğini tekrar hatırlatmıştır.¹⁰⁸

71. Devam eden bir insan hakkı ihlali olma özelliği sebebiyle, zorla kaybetmeyi soruşturma yükümlülüğü, mağdurun kaybedildiği koşulların yanı sıra akıbeti ve yeri açıklığa kavuşturulmadığı sürece geçerli olacaktır. Bu kriter, Birleşmiş Milletler Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Bildiri'nin 13/5. maddesiyle de korunmuştur.

72. Bu prensip uzun zamandır Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu tarafından kuramsal olarak ayrıntılı bir biçimde ele alınmaktadır. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi soruşturma yükümlülüğünün kapsamını aşağıdaki şekilde teyit etmiştir:

¹⁰⁵ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 29 Temmuz 1988 tarihli karar, *Velasquez Rodriguez davası*, a.g.e., par. 166, 174 ve ff.

¹⁰⁶ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, İnsan Hakları Sözleşme Organları tarafından benimsenmiş Genel Yorumlar ve Genel Öneriler Derlemesi, doc. HRI/GEN/I/Rev.I.

¹⁰⁷ Zorla ya da İrade dışı Kaybetmeler Çalışma Grubu, İnsan Hakları Komisyonu'na sunulan Rapor, doc. E/CN.4/1990/13, par 35.

¹⁰⁸ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun, "Zorla Kaybetmeler Sorunu" başlıklı, 1993/35 (par. 13); 1994/39 (par.14) ve 1995/38 (par 12) numaralı kararları.

"Bu tür olayları soruşturma yükümlülüğü, kaybedilen kişinin nihai akıbeti hakkındaki belirsizlik devam ettiği sürece devam etmektedir."¹⁰⁹

IX. Hakikati Bilme Hakkı ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

73. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi zorla kaybetme ve diğer temel insan hakları ihlallerinin mağdurlarının aileleri için tanınan hakikati bilme hakkını açıkça içeren bir hüküm ihtiva etmese de sözleşme hükümlerinin yorumlanmasına dair çok açık normlar içermektedir. Sözleşme'nin 29. maddesi;

"Bu sözleşmenin hiçbir hükmü aşağıdaki gibi yorumlanamaz: [...]

b. Söz konusu devletin taraf olduğu başka bir sözleşme [...] gereğince tanınan herhangi bir hak ve özgürlüğün kullanılmasını ya da yerine getirilmesini kısıtlayacak şekilde;

c. İnsan doğasında var olan veya bir yönetim biçimi olarak temsili demokrasiden kaynaklanan diğer hakları ve güvenceleri engelleyecek şekilde."

74. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu -kaybolan kişinin maruz kaldığı akıbet, kaybetme suçunun işlendiği koşullar ve faillerin ya da suça dahil olan diğer kişilerin kimliklerini bilme hakkı olarak anlaşılan- hakikati bilme hakkını, yargısal anlamda, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1/1, 8/1, 25 ve 13. maddeleriyle devletlere dayatılan yükümlülüklerle dayandırmaktadır.

75. Kuşkusuz uluslararası insan hakları hukukunun gelişimi, hakikati bilme hakkının uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak tanınmasını sağlamıştır. Hakikati bilme hakkı, geçici bir tasavvurun sonucu değildir. İnsan

doğasının özünde bulunan bir haktır ve dolayısıyla aslında, silahlı çatışma gibi olağandışı durumlarda dahi korunması gereken haklardan biridir.

76. Ancak hakikati bilme hakkı sadece mağdurların aileleri için değil toplumun kendisi için de gerekli olan bir haktır. Cezasızlıkla Mücadele için Eylem yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesine ilişkin Prensipler Seti taslağında belirtildiği gibi, bu hakkın "tam ve etkili bir şekilde yerine getirilmesi [...] gelecekte ihlallerin tekrar gerçekleşmesini önlemek için zaruridir."¹¹⁰ Kaybedilenlerin akıbetine ve insan hakları ihlallerinin faillerinin suç ortaklarına ve azmettirenlerine dair resmi bir suskunluğun ve görmezden gelmenin kabulüne dayanan demokratik bir yönetim şekli hayal edilemez.

¹⁰⁹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 29

Temmuz 1988 tarihli karar, *Velasquez Rodriguez davası*, par.

181. Aynı doğrultuda, ayrıca bkz. Amerikalılar Arası İnsan

Hakları Mahkemesi, *Godinez Cruz davası*, 20 Ocak 1989

tarihli karar, Seri C: Hükümler ve Kararlar, par. 191.

¹¹⁰ Birleşmiş Milletler Belgesi, E/CN.4/Sub.2/1997/20/rev.1, EK II, s. 19, Prensip 1.

EK-2

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

ZORLA YA DA İRADE DIŞI

KAYBETMELEER HAKKINDA

ÇALIŞMA GRUBU GÖZALTINDA

KAYBIN TANIMIYLA İLGİLİ

GENEL GÖRÜŞ*

* Çeviri İnsan Hakları Ortak Platformu (IHOP) tarafından yapılmıştır.

Giriş

Gözetiminde veya zorla kayıplarla ilgili Çalışma Grubu, geçmişte, Tüm Kişilerin Gözetiminde Kayıplara Karşı Korunması Bildirgesi'nde (bundan böyle "Bildirge" olarak anılacaktır) yapılan gözetiminde kayıpla ilgili tanımın kapsamına atıfta bulunmuş, bu arada özellikle Bildirge'nin 4. maddesi ile ilgili genel görüşünde bu tanımın kapsamına değinmiştir.

Bildirge'ye göre, gözetiminde kayıplar, kişiler, Devletin çeşitli kademelerinde veya birimlerinde resmi görev yapanlar veya Devlet adına hareket eden örgütlü gruplar veya özel kişiler tarafından veya Devletin doğrudan veya dolaylı desteğiyle, onayla veya bilgisi dâhilinde tutuklandıklarında, gözetimine alındıklarında, zorla kaçırıldıklarında veya başka yollardan özgürlüklerinden yoksun bırakıldıklarında; bunun ardından ilgili kişilerin akıbeti veya nerede olduklarına ilişkin bilgi verilmediğinde veya söz konusu kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları kabul edilmediğinde, böylece bu kişiler yasaların koruyuculuğu dışında bırakıldıklarında ortaya çıkan durumlardır.

Çalışma Grubu, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda bu konuya ilişkin olarak meydana gelen gelişmeleri yakından izlemiştir. Bu yakın izleme sırasında gözetiminde kayıpların çeşitli uluslararası belgelerde yer alan tanımları üzerinde özellikle durulmuştur. Söz konusu belgeler arasında Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Yasası (bundan böyle "Roma Yasası" olarak anılacaktır), yakınlarda benimsenen, ancak henüz yürürlüğe girmeyen Tüm Kişilerin Gözetiminde Kayıplara Karşı Korunmaları Uluslararası Sözleşmesi (bundan böyle "Uluslararası Sözleşme" olarak anılacaktır) ve ayrıca Kişilerin Gözetiminde Kayıpları ile ilgili İnter-Amerikan Sözleşme (bundan böyle "İnter-Amerikan Sözleşme" olarak anılacaktır) yer almaktadır.

Çalışma Grubu, insan haklarıyla ilgili yukarıda sözü edilen belgelerin, yani Bildirge'nin, Uluslararası Sözleşme'nin ve İnter-Amerikan

Sözleşme'nin gözetiminde kayıplarla ilgili özde benzer tanımlar yaptıklarını kaydeder. Ancak, Roma Yasası'nda yer alan tanım, yukarıda sözü edilen belgelerde yer alan tanımlardan belirli noktalarda ayrılmaktadır. Bu farklılıklar şu noktalarda ortaya çıkmaktadır: (i) Devlet adına, Devletin doğrudan veya dolaylı desteğiyle, onayla veya bilgisi dâhilinde hareket etmeseler de bu suçun potansiyel faileri olarak siyasal gruplara değinilmesi ve (ii) suçun bir unsuru olarak mağdurun uzun bir süre yasanın koruyuculuğundan yoksun bırakılma niyetinin varlığı.

Çalışma Grubu, Bildirge'de yer alan tanımın, tüm kişilerin gözetiminde kayıplara karşı korunmaları açısından en uygun koşulları oluşturacak şekilde yorumlanmasının gerekli olduğunu düşünmektedir. Az önce değinilen durumları dikkate alan Çalışma Grubu, aşağıdaki genel görüşü yayınlamaya karar vermiştir:

Genel Görüş

1. Suçun faillerine ilişkin olarak Çalışma Grubu, yerine getirdiği görevin amaçları açısından bu fiilin yalnızca Devlete bağlı aktörler veya Devlet adına hareket eden örgütlü gruplar (örneğin paramiliter gruplar gibi) veya özel kişiler tarafından veya Devletin doğrudan veya dolaylı desteğiyle, onayıyla veya bilgisi dâhilinde gerçekleştirilmesi durumunda gözaltında kayıplar kapsamında yer alabileceğini açıkta ortaya koymuştur.

2. Çalışma Grubu, Uluslararası Sözleşme'nin 3. maddesi hükümleriyle aynı görüştedir. Buna göre, Devletler, Devletin verdiği herhangi bir yetki ve destek söz konusu olmadan veya Devletin bilgisi dışında gerçekleşen ve gözaltında kayıp durumuyla kıyaslanabilir fiilleri soruşturmak üzere gerekli önlemleri alacak, bu fiilleri gerçekleştiren kişileri veya grupları yargı önüne çıkaracaktır.

3. Çalışma Grubu, Bildirge'nin 4. maddesine ilişkin Genel Gözleminde şu hususu belirtmiştir: Devletler, kendi ceza yasalarında Bildirge'de yer alan tanımları katı biçimde esas almak zorunda olmamakla birlikte, gözaltında kayıp fiilinin, örneğin insan kaçırma gibi ilişkili suçlardan net biçimde ayrılmasını sağlayacak bir tanımın benimsenmesini sağlayacaklardır.

4. Çalışma Grubu, yukarıdaki hususlardan hareketle, gözaltında kayıplara benzer fiiller, örneğin kendi egemenlik alanında Devlete karşı savaştan terörist veya ayaklanmacı hareketler gibi, Devlet adına hareket etmeyen, doğrudan veya dolaylı biçimde Devletin desteği, onayı veya bilgisi dâhilinde yer almayan kişiler veya gruplar tarafından gerçekleştirildiğinde, Bildirge'de yer alan tanıma sıkı sıkıya bağlı kalma gerekliliğinden hareketle bu tür durumları ele almayacaktır.

5. Bildirge'nin 1/2. maddesi uyarınca, herhangi bir gözaltında kayıp fiilinin, buna maruz kalan kişinin yasanın koruyuculuğunun dışına çıkartılması gibi bir sonucu vardır. Dolayısıyla, Çalışma Grubu gözaltında kayıp olaylarını incelemeyi kabul

ederken, herhangi bir kaynak tarafından sağlanan bilginin failin mağduru yasa koruması dışına çıkarmayı amaçladığını ortaya koyması, hatta bunu varsayması gibi bir gereklilik gözetmez.

6. Çalışma Grubunun gözaltında kayıplarla ilgili olarak aldığı raporlarda mağdurun ölü olarak bulunduğu belirtiliyorsa, Çalışma Grubu kendi yöntemleri uyarınca davanın ilgili hükümete devredilmesine onay vermez; çünkü ortada daha en başından (*ab initio*) açıklığa kavuşturulmuş bir durum vardır. Nitekim Çalışma Yöntemlerine göre kaybolan kişilerin nerede oldukları bu kişiler ister sağ ister ölü olsunlar belirlendiğinde netleşme de sağlanmış olur. Ancak, aşağıdaki durumların varit olması halinde bu söylenen, bu tür olayların Bildirge'deki tanımıyla gözaltında kayıp kapsamına girmeyeceği anlamına gelmez: (i) özgürlükten yoksun bırakılmanın, ilgili kişinin kendi isteği dışında gerçekleşmesi, (ii) en azından bilgi sahibi olma anlamında resmi yetkililerin de işe karışmış olmaları ve (iii) resmi yetkililerin fiili kabul etmemeleri veya ilgili kişinin akıbetini veya nerede olduğunu açıklamamaları. Başka bir deyişle, Çalışma Grubunun Bildirge'nin uygulanmasıyla ilgili izleme görevi uyarınca, bu tür raporlar "genel iddialar" yöntemine göre ilgili hükümetlere iletilebilir; ancak bu işlem Çalışma Grubunun yöntemleri arasında yer alan "acil başvuru" veya "normal prosedür" başlıkları altında yapılamaz. Genel iddialar yönteminde Çalışma Grubu, ilgili hükümetleri bu tür durumları soruşturmak, faileri yargı önüne çıkarmak, tazminat hakkı yollarını açmak için Bildirge doğrultusunda alınması gereken önlemlerle gözaltında kayıp olaylarını durdurup önleyecek önlemler konusunda görüş bildirmeye davet eder.

7. Gözaltında kayıp Bildirge'deki tanımı esas alındığında, suç oluşturan fiil, mağdurun tevkifi, gözaltına alınması veya kendi rızası dışında bir yere götürülmesiyle başlar; bu da, gözaltında kayıp olayının hukuk dışı bir gözaltıyla veya başta hukuki olan bir tevkif veya gözaltıyla başlayabileceği anlamına gelir. Başka bir deyişle, mağdurun gözaltında kayba karşı korunması, bu hangi yoldan gerçekleşirse gerçekleşsin özgürlükten yoksun bırakılma durumu ile

başlamalı; koruma, özgürlükten yoksun bırakmada başvuru hukuk dışı yollarla sınırlı tutulmamalıdır.

8. Çalışma Grubu, Bildirge'nin 10. maddesine ilişkin genel gözleminde gereksiz yere uzun tutulan gözaltı süresinin Bildirge'nin ihlali anlamına geleceğini belirtmiş olmakla birlikte, buradan Bildirge'nin kısa süreli gözaltı durumlarına cevaz verdiği anlamı çıkarılamaz; çünkü Çalışma Grubu bunun hemen ardından, gözaltına alınan kişinin yargı önüne çıkarılmasını sağlayacak bir suç isnadı olmadan bu durumda tutulmasının Bildirge'nin ihlali anlamına geldiğini belirtmektedir.

9. Çalışma Grubu'nun aynı genel görüşte belirttiği gibi, idari gözaltı veya yargılama öncesi gözaltı kendi başına Uluslararası Hukukun veya Bildirge'nin ihlali anlamına gelmez. Bununla birlikte, kısa süreli de olsa bir gözaltı olayını yargısız infazın izlediği durumlarda, bu gözaltı Bildirge'nin 10. maddesine göre idari veya yargılama öncesi gözaltı sayılamaz; böyle durumlarda söz konusu olan sonuç, gözaltındaki kişinin yasanın koruyuculuğu dışına çıkartılmasıdır. Çalışma Grubu, mağdurun ölü bedeninin kesildiği, işkence izlerinin açıkça görüldüğü veya kollarının veya bacaklarının bağlı olduğu durumlarda infazın gözaltından hemen sonra gelmediği, kişinin birkaç saat veya gün de sürse belirli bir süre özgürlüğünden yoksun olarak tutulduğu sonucuna varacaktır. Böyle bir durum yalnızca gözaltında kaybedilmeme hakkının ihlali anlamına gelmeyip aynı zamanda Bildirge'nin 1/2. maddesine göre işkenceye maruz bırakılmama, yargı önüne çıkarılma ve yaşama haklarının da ihlali anlamını taşıyacaktır.

10. Dolayısıyla, bir gözaltı işlemi önceki paragrafta belirtildiği gibi yargısız infazın izlemesi; gözaltı veya özgürlükten yoksun bırakma eyleminin, hangi düzeyde ve birimde görev yaparlarsa yapsınlar resmi yetkililer, devlet adına hareket eden örgütlü gruplar veya özel kişiler tarafından veya Devletin doğrudan veya dolaylı desteğiyle, onayıyla veya bilgisi dâhilinde gerçekleştirilmesi, gözaltının hemen sonrasında

veya infaz gerçekleşikten sonra resmi yetkililerin ilgili kişinin akıbeti veya yeri hakkında açıklama yapmaması veya fiili baştan sona inkâr etmeleri gibi durumlarda tam karşılığıyla gözaltında kayıp anlamına gelir.

EK-3

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

ZORLA YA DA İRADE DIŞI

KAYBETMELELER HAKKINDA

ÇALIŞMA GRUBU GÖZALTINDA

KAYIPLARLA İLGİLİ GERÇEĞE

ULAŞMA HAKKI ÜZERİNE

GENEL GÖRÜŞ*

* Çeviri İnsan Hakları Ortak Platformu (IHOP) tarafından yapılmıştır.

Giriş

İnsan hakları ihlalleriyle ilgili olarak gerçeğe ulaşma hakkı – zaman zaman gerçeği bilme hakkı olarak da anılır – bugün uluslararası hukukta yaygın biçimde tanınmaktadır. Bunun kanıtı, uluslararası düzeyde, ayrı bir hak olarak bu hakkın varlığını kabul eden açıklamalar, ulusal düzeyde de aynı yöndeki Devlet uygulamalarıdır. Gerçeğe ulaşma hakkı yalnızca gözaltında kayıplarla ilgili geçerlilik taşımaz. Ancak bu genel görüş, yalnızca, Kişilerin Gözaltında Kayıplara Karşı Korunmaları Bildirgesi bağlamındaki gözaltında kayıplarla ilgilidir.

Uluslararası düzeyde, gözaltında kayıplar veya kayıp kişilerle ilgili olarak gerçeğe ulaşma hakkı çeşitli belgelerde tanınmıştır. Cenevre Sözleşmeleri Protokol I'nin 32. maddesi "ailelerin [ortadan kaybolmuş] yakınlarının akıbetini öğrenme hakkını" öngörmektedir. Kişilerin Gözaltında Kayıplara Karşı Korunmaları 2006 Uluslararası Sözleşmesi'nin 24. maddesi ise şöyle demektedir:

"Mağdur her kişinin, gözaltında kayıp olayının koşulları ile ilgili gerçekleri, soruşturmanın safhalarını ve sonuçlarını ve kaybolan kişinin akıbetini bilme hakkı vardır. Taraf Devletlerden her biri, bu açıdan gerekli önlemleri alacaktır".

Gerçeğe ulaşma hakkının ayrı bir hak olarak varlığı, Gözaltında Kayıplar Çalışma Grubu'nun (WGEID) daha ilk raporunda tanınmıştır (E/CN.4/1435, 22 Ocak 1981, § 187). Aynı hak, evrensel ve bölgesel düzeylerdeki diğer çeşitli uluslararası organlarca da tanınmıştır (ilgili içtihat için özellikle bakınız, "Gerçeğe ulaşma hakkı üzerine araştırma", BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin raporu, E/CN.4/2006/91, 8 Şubat 2006); eski İnsan Hakları Komisyonu, bugünkü İnsan Hakları Konseyi dâhil hükümetler arası organlar (bakınız, Komisyon'un 20 Nisan 2005 tarih ve 2005/66 sayılı kararları; 27 Kasım 2006 tarih ve 2/105 sayılı karar; Konseyin 18 Eylül 2008 tarih ve 911 sayılı kararı ile 1 Ekim 2009 tarih ve 1212 sayılı kararı).

Uluslararası hukukta gerçeğe ulaşma hakkının varlığı, hem içtihattan hem de insan hakları alanındaki ciddi krizleri, diktatörlükleri veya silahlı çatışmaları izleyen dönemlerde kurulan çeşitli gerçeği arama mekanizmalarından oluşan Devlet pratiklerinde kabul edilmiştir (bakınız, "Gerçeğe ulaşma hakkı üzerine araştırma", op. cit.). Sözü edilen mekanizmalar arasında cezai araştırmaların başlatılması ve geçmişteki ihlalleri açığa çıkarmak ve genel olarak farklı gruplar arasındaki uzlaşmayı kolaylaştırmak üzere oluşturulan "gerçek komisyonları" yer almaktadır.

Gerçeğe ulaşma hakkı hem toplu hem de kişisel bir haktır. Mağdur durumdaki her kişi, kendisini etkileyen ihlallerle ilgili gerçeği bilme hakkına sahiptir. Ancak, *Dokunulmazlıklara Karşı Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesine Yönelik İlkeler*'den 2'inci ilkede belirtildiği gibi, "ihlallerin tekrarına karşı temel güvence" olarak, gerçeğin aynı zamanda toplum düzeyinde de açıklanması gerekir (E/CN.4/2005/102/Add.1).

Bu belgede yer alan İlke 3, Devletin karşılıklı olarak "belleği koruma görevi" olduğunu belirtmektedir:

"Bir halkın kendi yaşadığı baskının tarihine ilişkin bilgisi onun mirasının bir parçasıdır ve bu nedenle Devletin insan hakları ve insani hukuk ihlalleriyle ilgili arşivleri ve diğer kanıtları muhafaza etme ve bu ihlallere ilişkin bilgileri yaygınlaştırma görevini yerine getirmesi bağlamında bunu sağlayacak gerekli önlemler alınmalıdır. Bu önlemler, toplu belleğin kaybolmasını önlemeyi hedef alacak, özellikle de çarpıtıcı ve reddedici tezlerin geliştirilmesine karşı bir set oluşturacaktır".

İlke 4, "mağdurun bilme hakkını" bireysel bir hak olarak tanımaktadır:

"Hukuksal süreç ve işlemlerden bağımsız olarak, mağdurların ve ailelerinin, ihlallerin gerçekleştiği koşullar, ölüm veya kaybolma gibi durumlarda ise mağdurun akıbeti hakkında bilgi sahibi olma hakları kayıtsız şartsız tanınmıştır".

Çalışma Grubu, gerçeğe ulaşmanın ve gözaltında kayıp mağdurlarının tazminat haklarının yaşama geçirilmesinin bir aracı olarak gerçekleri ortaya çıkaracak, mağdurlara gerekli tazminatı sağlayacak ve toplumlarında uzlaşmayı getirecek önlemleri almaları yolundaki tavsiyelerini Devletlere birçok kez iletmıştır. Çalışma Grubu, deneyimlerine dayanarak, bu süreçlerin gözaltında kayıpların tekrarlanmamasını sağlamak ve kaybolan kişilerin akıbeti veya yerleri ile ilgili gerçekleri ortaya çıkararak olayları açıklığa kavuşturmak açısından birçok durumda belirleyici önem taşıdığını görmüştür. Bununla birlikte Çalışma Grubu aynı zamanda Devlet ile gözaltında kayıp mağdurlarının uzlaşmasının, tek tek her durum aydınlatılmadan mümkün olamayacağını da altını çizmektedir.

Kişilerin Gözaltında Kayıplara Karşı Korunmaları 1992 Bildirgesi, gerçeğe ulaşma hakkından kaynaklanan bir dizi yükümlülük sıralamaktadır.

Çalışma Grubu, yukarıdaki mülahazalardan hareketle aşağıdaki genel görüşü benimsemiştir:

Genel Görüş

1. Gözaltında kayıplara ilişkin olarak gerçeğe ulaşma hakkı, herhangi bir soruşturmanın ilerlemesini ve sonuçlarını, kayıp kişilerin akıbetini ve buldukları yerleri, kayıp olayının meydana geldiği koşulları ve failin (faillerin) kimliğini bilme hakkı anlamına gelmektedir.

2. Gözaltında kayıplara ilişkin olarak gerçeğe ulaşma hakkı, bilgiye ulaşma hakkından, özellikle de yakınlarının, meşru bağlantısı olan başka kişilerin, temsilcilerinin veya avukatlarının özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kişi hakkında bilgi alma hakkından net biçimde ayrıştırılmalıdır. Gözaltındaki kişi hakkında bilgi alma hakkı, kayıtsız şartsız bir hak olarak *habeas corpus* (insanların ancak yargı kararıyla tutuklanabilmeleri) ile birlikte, gözaltında kayıpların vuku bulmasını önleyecek ana araçlardan sayılmalıdır.

3. Bildirge'nin 13. maddesi Devletin gözaltında kayıp olaylarını araştırma yükümlülüğünü öngörmektedir. 13. maddenin 4. paragrafı, "sürmekte olan cezai kovuşturmayı tehlikeye düşürmeyeceği hallerde, böyle bir araştırmadan elde edilen bulguların ilgili tüm kişilere sunulacağını" belirtmektedir. Çalışma Grubu, 1992 yılından bu yana meydana gelen gelişmeler ışığında, bu ibarenin başında yer alan kısıtlayıcı hükmün dar açıdan yorumlanması gerektiği görüşündedir. Mağdurların yakınları, gözaltında kayıp olaylarında yürütülen araştırmaya yakından dâhil olmalıdırlar. Bilgi vermeyi reddetme, gerçeğe ulaşma hakkı üzerine getirilen sınırlamadır. Böyle bir sınırlama meşru sayılabilecek tek amaçla orantılı olmalıdır: Halen sürmekte olan cezai bir soruşturmanın tehlikeye düşürülmemesi. Herhangi bir bilgi vermeyi veya kayıp kişinin yakınlarıyla iletişim kurmayı reddetme, başka bir deyişle topyekün ret, gerçeğe ulaşma hakkının ihlalidir. Usule dair konularda genel bilgi verilmesi, sözgelimi konunun yargıya intikal ettiğinin söylenmesi yetersizdir ve bu da gerçeğe ulaşma hakkının ihlali sayılmalıdır. Devletin, söz konusu kişinin

akıbetine ve nerede olduğuna açıklık getirmek üzere atılan somut adımlar konusunda durumla ilgilenen herhangi bir kişiye bilgi verme yükümlülüğü vardır. Verilecek bu bilgiler arasında, kişinin yakınları veya diğer tanıklarca sağlanan kanıtlar temelinde atılan adımlar da yer almalıdır. Bir cezai soruşturmanın gereklilikleri belirli bilgilerin aktarılmasına sınır getirilmesini zorunlu kılsa bile, ilgili tüm kişilere bilgi verilmesinin reddi durumunda buna itiraz için hukukta başvurulabilecek yollar olmalıdır. Bu yol, bilgi vermenin ilk reddi sırasında açık olmalı, daha sonra da yetkili merciin bilgi vermeyi reddetme gerekçesinin geçerliliğini koruyup korumadığını belirleme açısından hep açık tutulmalıdır.

4. 13. maddenin 6. paragrafı şunu öngörmektedir: “Yukarıda belirtilen usuller çerçevesinde herhangi bir araştırma, gözaltında kayıp mağduru kişinin akıbeti açıklığa kavuşmadığı sürece sürdürülmelidir”. Kaybolan kişinin akıbeti ve nerede olduğu ortaya çıkarılmadığı sürece araştırmanın sürdürülmesi yükümlülüğü, gözaltında kayıpların süreklilik taşıyan mahiyetinden kaynaklanmaktadır (bakınız, Çalışma Grubunun madde 17 ile ilgili genel görüşü ile süreklilik taşıyan bir insan hakları ihlali ve suç olarak gözaltında kayıplarla ilgili genel görüşü).

Gene açıktır ki, yakınlarının kaybolan kişinin akıbeti ve nerede olduğuna ilişkin gerçeği bilme hakları, herhangi bir sınırlamaya veya çekinceye tabi olmayan mutlak bir haktır. Devlet, bu hakkı sınırlamak için meşru hiçbir amaç veya olağan dışı koşul ileri süremez. Hakkın bu mutlaklık taşıyan özelliği, aynı zamanda, gözaltında kayıp aile açısından yarattığı “acı ve üzüntüden” (Bildirge'nin Giriş bölümünün 5'inci paragrafı), işkence eşliğine gelen acılardan kaynaklanmaktadır. Ayrıca, aynı Bildirge'nin 1/2. maddesinde belirtildiği gibi, “Herhangi bir gözaltında kayıp fiili (...), işkenceye, diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalmama hakkını güvence altına alan uluslararası hukuk kurallarının ihlali anlamına gelir”. Bu açıdan Devlet, kaybolan kişinin akıbeti ve yeri hakkındaki gerçekleri bilme hakkını sınırlayamaz; çünkü böyle bir sınırlama yalnızca

kaybolanın yakınlarının çektiği azabı artırır ve süresini uzatır.

5. Devletin gerçeğe ulaşma hakkı bağlamındaki başlıca yükümlülükleri esas olarak usule dairdir ve şunları içerir: İlgili kişinin akıbeti ve nerede olduğu açıklığa kavuşuncaya kadar araştırmaları sürdürme yükümlülüğü; bu araştırmaların sonuçlarını ilgili taraflara bu genel görüşün 3'üncü paragrafında belirtildiği şekilde iletme yükümlülüğü; arşivlere tam erişim sağlama yükümlülüğü; herhangi bir araştırma sırasında tanıklara, yakınlara, yargıçlara ve diğer katılımcı taraflara tam koruma sağlama yükümlülüğü. Kişiyi bulmak için gerekli tüm adımların atılması mutlak bir yükümlülüktür; ancak sonuçla ilgili mutlak bir yükümlülük söz konusu değildir. Nitekim kimi durumlarda, örneğin kişinin cesedi çeşitli nedenlerle bulunamazsa, konuya ilişkin netliğe ulaşılması çok güç, hatta imkânsız olabilir. Herhangi bir kişi hemen infaz edilmiş olabilir; ancak onu gömen kişi artık yaşamadığından ve başka hiç kimse de kaybolan kişinin akıbeti hakkında bilgi sahibi olmadığından bu kişi hiç bulunamayabilir. Ancak gene de Devletin kaybolan kişinin akıbetini veya yerini karine yoluyla belirleyebileceği noktaya kadar araştırmaları sürdürme yükümlülüğü vardır.

Çalışma Grubu, 19. madde (tazminat hakkı) ile ilgili genel görüşünde şu hususu açıklığa kavuşturmuştur: “Genel bir ilke olarak, gözaltında kayıp mağduru hiçbir kimse, ailesinin itirazları sürerken ölmüş sayılmayacaktır”.

6. Kaybolan kişi ölü olarak bulunduğunda, kişinin akıbeti ve yeri hakkında gerçeği bilme hakkı, ailesinin, bu kişiye ait geriye kalan ne varsa alması, kendi geleneklerine, dinlerine veya kültürlerine göre defnetmesi hakkını da içerir. Kişi, DNA analizi de kullanılmak üzere, net ve tartışmasız biçimde teşhis edilmiş olmalıdır. Devlet veya başka herhangi bir yetkili, kişiden geriye kalanları teşhis işini üstlenmemeli, kişinin ailesinin tam katılımı olmadan ve gene kamuoyunu bu konuda

bilgilendirmeden defin işlemini kendisi gerçekleştirmemelidir. Devletler, bu alandaki uluslararası yardım ve işbirliği imkânları da dâhil, ellerindeki mevcut imkânlardan azami biçimde yararlanmak, bu arada adli tıbbı ve bilimsel teşhis yöntemlerine başvurmak üzere gerekli adımları atmalıdırlar.

7. Kişinin akıbeti ve nerede olduğuna ilişkin gerçeği bilme hakkı, anneleri gözaltında kayıpken dünyaya gelen ve ardından yasa dışı evlatlık alınan çocukların durumu için de geçerlidir. Bildirge'nin 20. maddesi, bu tür fiillerin, ayrıca bu çocukların gerçek kimliklerini gösteren belgelerin tahrif edilmesinin veya gizlenmesinin çok ciddi bir suç olduğunu ve cezasının da buna göre olacağını belirtmektedir. Aynı hüküm ayrıca şunu da öngörmektedir: "Devletler, bu durumdaki çocukları arayıp tespit etmek ve sonunda kendi gerçek ailelerine iade etmek üzere gerekli çalışmaları yapacaklardır. Başka bir deyişle, evlatlık işleminin sahteliği açığa çıkarılmalıdır. Gerek kaybolan kişinin gerekse çocuğun ailesinin çocuğun nerede olduğunu bilme hakları mutlak bir haktır. Ancak, aynı maddedeki 2'inci paragraf, evlatlık işleminin yeniden ele alınıp alınmayacağı konusunda belirli bir denge oluşturmaya çalışmaktadır. Çocuğun yüksek yararı da gözetilerek, bu denge, asıl ailenin çocuğun nerede olduğunu bilme hakkından ödün verilmesi anlamına gelmez.

8. Yukarıdakilerin tersine, kaybolmanın meydana geldiği durum ve koşullara ilişkin gerçeğin bilinmesi hakkı mutlak bir hak değildir. Devlet pratiği, kimi durumlarda, gerçeğin kimi bölümlerinin gizli tutulmasının uzlaşmayı kolaylaştırmak üzere tercih edildiğini göstermektedir. Gerçeği bilme hakkının bir uzantısı olarak olayın faillerinin adlarının açıklanıp açıklanmayacağı konusu da halen ihtilafli bir konudur. İleri sürülen bir teze göre, faillerin, başta masumiyet karinesi olmak üzere ceza davalarında insanlara normal olarak tanınan hukuksal güvencelerden yararlanamadıkları "hakikat komisyonları" gibi süreçlerde faillerin adlarının açıklanması uygun olmayacaktır. Ancak her durumda, Bildirge'nin 14. maddesine

göre, Devletin, gözaltında kayıp fiiline karıştığı iddia edilen herhangi bir kişiyi "yürürlükteki ilgili uluslararası anlaşmalara göre kendi yargı yetkisini kullanmak isteyen bir başka Devlete iade edilmedikçe, kendi yetkili yargı organlarının önüne çıkarıp yargılama" yükümlülüğü vardır.

Bununla birlikte Çalışma Grubu, Bildirge'nin 18. maddesi ile ilgili genel görüşünde, 18. madde tarafından öngörülen af yasağının, "ilk bakışta bu önlemler af yasası veya dokunulmazlıkla sonuçlanabilecek benzer bir önlem gibi görünseler bile, Bildirge'nin 3. maddesinde öngörüldüğü gibi doğrudan doğruya kaybolmaların önlenmesine ve sona erdirilmesine yönelik sınırlı ve istisnai önlemler..." ifadesiyle belirli bir esnekliğe kavuşturulduğunu kaydetmiştir.

Çalışma Grubu şöyle devam etmiştir: "Gerçekten de, içerideki silahlı çatışmalar veya siyasal baskılar sonucunda insan haklarının sistematik veya yaygın ihlallere maruz kaldığı Devletlerde, af yoluyla gerçeklerin ortaya çıkmasını ve uzlaşmayı sağlayabilecek yasal önlemler, kayıpların önlenmesi veya sona erdirilmesinde tek seçenek olarak düşünülebilir".

Başka bir deyişle, gerçeğe ulaşma hakkına getirilen sınırlamalar, mağdurların adalet hakkını etkilemez; gerçekleri ortaya çıkarma sürecinde faillerin adlarının açıklanmaması, yargı sürecini engellemez. Bu arada, gerçeğe ulaşma hakkının gerçekleşmesi, kimi istisnai durumlarda adalete erişim hakkının sınırlandırılması sonucunu verebilir. Ancak bu, Çalışma Grubunun 18. maddeye ilişkin genel görüşünün 6. ve 8. paragraflarında belirtilen kesin sınırlar içinde ve aynı genel görüşün 3-b paragrafı dikkate alınarak gerçekleştirilebilir. Çalışma Grubu şu hususu özellikle vurgulamaktadır: "Af, yalnızca gerçek bir uzlaşma süreci veya mağdurlarla iyi niyet temelindeki görüşmeler sonucunda, Devlet veya faillerin özür ve üzüntülerini bildirmeleriyle ve gelecekte kayıpların önleneceği güvencesiyle çıkartılabilir" (genel görüş, madde 18, § 8-b). Ayrıca, Çalışma Grubu, gözaltında kayıp olayının insanlığa karşı suç mahiyetini aldığı durumlarda (insanlığa karşı bir suç olarak gözaltında kayıpların tanımı

konusunda bakınız, Çalışma Grubunun buna ilişkin genel görüşü) böyle bir sınırlamanın olamayacağı görüşündedir.

9. Gerçeğe ulaşma hakkı, Devletin eldeki bilgilere tam erişim tanıma ve kaybolan kişilerin izinin eksiksiz sürülmesine izin verme yükümlülüğü anlamına gelir. Bildirge'nin 13. maddesinin 2. paragrafı şöyle demektedir: “[araştırmayı yapacak] yetkili merci, araştırmanın etkili biçimde yürütülmesini sağlayacak, tanıkları tanıklık yapmaya zorlama, ilgili belgeleri ortaya çıkarma ve anında mahalline ziyaretler yapma dâhil olmak üzere gerekli yetkiler ve kaynaklarla donatılmalıdır”. Bu, yetkili merciin Devletin arşivlerine eksiksiz erişimini de içerir. Araştırma tamamlandıktan sonra söz konusu merciin arşivleri muhafaza edilmeli ve kamuoyuna tam açık tutulmalıdır.

10. Son olarak, gerçeğe ulaşma hakkı, aynı zamanda Devletin mağdurlara, tanıklara ve ilgili diğer kişilere gerekli koruma ve yardımları sağlama yükümlülüğünü de öngörür. Gerçeğin araştırılması çoğu durumda failleri ve başka kişileri harekete geçirir; bu kişiler, araştırmada yer alanları tehdit ederek, hatta bu kişilere saldırarak gerçeklerin ortaya çıkmasını engellemeye kalkışabilirler. Dolayısıyla, Devletin ilgili taraflara etkili bir koruma sağlama yükümlülüğü vardır. 13. maddenin 3. paragrafı bunu çok açık biçimde ortaya koymaktadır: “Şikâyetçi, vekili, tanıklar ve araştırmayı yürütenler dâhil olmak üzere araştırma sürecinde yer alan tüm tarafların, kötü muameleye, baskı ve sindirmeye ve misillemelere karşı korunmaları için gerekli adımlar atılacaktır”. Bu arada, daha özel bir önlem olarak Devlet bağımsız bir kurum aracılığıyla tanık koruma programı oluşturabilir.

EK-4

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

ZORLA YA DA İRADE DIŞI

KAYBETMELEER HAKKINDA

ÇALIŞMA GRUBU SÜREKLİLİK

TAŞIYAN BİR SUÇ OLARAK

GÖZALTINDA KAYIPLARLA

İLGİLİ GENEL GÖRÜŞ*

* Çeviri İnsan Hakları Ortak Platformu (IHOP) tarafından yapılmıştır.

Giriş

Devletlerin dikkatini Kişilerin Gözaltında Kayıplara Karşı Korunmaları Bildirgesi'nden kaynaklanan yükümlülüklerine daha yoğun bir biçimde odaklama amacından hareket eden Gözaltında Kayıplar Çalışma Grubu, Bildirge'nin daha ileri düzeyde açıklama gerektirebilecek hükümleriyle ilgili bir genel görüş yayınlama kararı almıştır.

Aşağıdaki genel görüş, Bildirge'nin gözaltında kayıp suçunun süreklilik taşıyan mahiyetinin yorumlanmasıyla ilgili 17. maddesi üzerine Çalışma Grubu'nun daha önce yayınladığı genel görüşü tamamlamaktadır.

Uluslararası hukuka göre, *"Bir uluslararası yükümlülüğün bir Devletin süreklilik taşıyan bir fiili ile ihlali, fiilin devam ettiği ve uluslararası yükümlülükle ters düştüğü dönemin tümünü kapsar"* (Uluslararası plandaki yanlış fiiller konusunda Devletlerin Sorumluluğuyla ilgili maddeler, Genel Kurul Kararı 56/83, madde 14/2). Çeşitli uluslararası anlaşmalarla birlikte uluslararası, bölgesel ve yerel yargı organları, gözaltında kayıpların süreklilik taşıyan fiiller ve suçlar olduğunu belirlemiştir.

Kişilerin Gözaltında Kayıplardan Korunmalarıyla ilgili Birleşmiş Milletler Bildirgesi'nin 17/1. maddesi şunu öngörür:

"Gözaltında kaybetme fiilleri, failer kaybolan kişinin akıbetini ve yerini gizli tuttukları sürece, süreklilik taşıyan bir suç sayılacaktır".

Gözaltında kayıpların bu süreklilik taşıyan mahiyeti, gerek anlaşmalar hukuku gerekse ceza hukuku açısından makabline şamil olmama ilkesinin uygulanmasıyla ilgili sonuçlara yol açmaktadır.

Anlaşmalar Hukuku ile ilgili 1969 tarihli Viyana Konvansiyonu'nun 28. maddesi şunu öngörmektedir:

"Anlaşmadan başka bir niyet çıkartılmadıkça ve başka bir düzenleme söz konusu olmadıkça, hükümler, anlaşmanın söz konusu taraf için yürürlüğe giriş tarihinden önce ortaya çıkan herhangi bir fiile veya gerçeğe veya bu tarihten önce sona eren herhangi bir duruma ilişkin olarak bu taraf açısından bağlayıcılık taşımaz".

Kimi Devletlerin, herhangi bir anlaşmayı onaylarken, bu anlaşmanın, kendileri açısından yürürlüğe giriş tarihinden önce vuku bulan fiillere uygulanamayacağı yönünde bir çekince koyma gibi uygulamaları da vardır.

Aynı şekilde, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 11/2. maddesi şunu öngörür:

"Hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez".

Çalışma Grubu, yukarıdaki mülahazalardan hareketle aşağıdaki genel görüşü yayınlamaya karar vermiştir:

Genel Görüş

1. Gözaltında kayıplar, süreklilik taşıyan fiillerin prototipidir. Fiil, kişinin alınmasıyla başlar ve suçun tamamlanmamış olduğu tüm zaman süresini kapsar. Başka bir deyişle bu süreklilik, Devletin gözaltı olayını kabul ettiği veya kişinin akıbeti veya yeri konusunda bilgi verdiği zamana kadar geçerlidir.

2. Bu fiil, çeşitli hakların, bu arada hukuk önünde kişi olarak tanınma, özgürlük ve güvenlik; işkenceye veya diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalmama haklarının ihlali anlamına gelmekle ve ayrıca yaşam hakkının ihlali veya bu hakka ciddi bir tehdit oluşturmakla birlikte, Çalışma Grubu, gözaltında kayıp birtakım fiillerin birleşmesi değil kendine özgü ve konsolide bir fiil olduğu görüşündedir. İhlalin kimi yönleri ilgili ulusal veya uluslararası belgenin yürürlüğe girmesinden önce tamamlanmış olsa bile, eğer diğer yönleri mağdurun akıbeti veya nerede olduğu açıklığa kavuşuncaya kadar devam ediyorsa o zaman durum yargı tarafından ele alınmalı ve fiil parçalara ayrılmamalıdır.

3. Bu durumda, eğer herhangi bir gözaltında kayıp olayı bir hukuk belgesinin yürürlüğe girmesinden veya belirli bir Devletin bu konuda belirli bir merciin yetkisini kabul etmesinden önce başlamışsa, kayıp olayının yürürlüğe giriş veya yargı yetkisinin kabul tarihlerinden sonra da devam etmesi halinde, ilgili merciin gözaltında kayıp fiilini bir bütün olarak ele alma; dolayısıyla kendini yürürlüğe giriş veya kabul tarihlerinden önce vuku bulup ilgili Devlete atfedilebilecek fiiller ve ihmallerle sınırlı tutmama yetkisi ve yargı hakkı vardır.

4. Çalışma Grubu'na göre, örneğin, bir Devletin, ilgili hukuksal belge yürürlüğe girmeden önce başlayıp yürürlüğe girdikten sonra da devam eden bir gözaltında kayıp fiilinden sorumlu tutulması halinde, bu Devlet, yalnızca belgenin yürürlüğe giriş tarihinden sonra gerçekleşenlerden değil gözaltında kayıptan kaynaklanan tüm ihlallerden sorumlu tutulmalıdır.

5. Benzer biçimde, ceza hukuku açısından Çalışma Grubu'nun görüşü şudur: Gözaltında kayıp süreklilik taşıyan mahiyetinden kaynaklanan bir sonuç da, bir kişinin, makabline şamil olmama temel ilkesi saklı kalmak üzere, gözaltında kayıp başladıktan sonra yasalasın bir belge temel alınarak bu fiilden dolayı mahkûm edilmesi mümkündür. Suç, parçalarına ayıramaz ve mahkûmiyet gözaltında kayıp fiilini bir bütün olarak kapsamalıdır.

6. Mahkemeler ve diğer kurumlar, suçun veya fiilin tüm unsurları tam olarak ortaya çıkmamışsa, gözaltında kayıpları mümkün olan ölçülerde süreklilik taşıyan bir suç ve insan hakları ihlali olarak görmek durumundadırlar.

7. Herhangi bir yasal düzenlemenin veya usul kuralının süreklilik taşıyan ihlal nosyonunu olumsuz yönde etkileyebileceği durumlarda, yetkili organ böyle bir hükmü mümkün olduğunca dar açıdan yorumlamalı, böylece tazminat yolu açık kalabilmeli ve gözaltında kayıp fiilinin failleri kovuşturulabilmelidir.

8. Aynı yaklaşımla, ilgili hukuksal belgenin yürürlüğe girmesinden veya ilgili kurumun bu alandaki yetkisinin kabulünden önce meydana gelen fiiller veya ihmallerle ilgili yetkisizlik belirten çekinceler, bundan sonra da devam eden gözaltında kayıplar konusunda bir Devletin sorumlu tutulmasını engellemeyecek şekilde yorumlanmalıdır.

EK-5

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

ZORLA YA DA İRADE DIŞI

KAYBETMELER HAKKINDA

ÇALIŞMA GRUBU İNSANLIĞA

KARŞI İŞLENMİŞ BİR SUÇ

OLARAK GÖZALTINDA

KAYIPLAR*

* Çeviri İnsan Hakları Ortak Platformu (IHOP) tarafından yapılmıştır.

Giriş

Kişilerin Gözaltında Kayıptan Korunmalarıyla ilgili 1992 tarihli Bildirge gözaltında kayıplarla insanlığa karşı işlenen suçlar arasındaki ilişkiyi teyit etmektedir. Bildirge, Giriş bölümünün 4. paragrafında “[Gözaltında kayıpların] sistematik biçimde gerçekleşmesinin, doğası gereği insanlığa karşı suç teşkil ettiğini” belirtmektedir. Çalışma Grubu, bu hükmün, 1992 yılından bu yana hukuk alanında meydana gelen gelişmeler ışığında yeniden yorumlanması gerektiği kanısındadır.

Çalışma Grubu, aşağıdaki hususlara dayanarak aşağıdaki genel görüşü açıklamaya karar vermiştir:

Genel Görüş

1. İnsanlığa karşı işlenen suçlar nosyonu uluslararası hukukta uzunca bir süredir benimsenmiş bulunmaktadır. Gözaltında kayıplarla insanlığa karşı işlenen suçlar arasındaki bağlantı Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu'nun 1983 tarih ve 666 (XIII-0/83) sayılı kararında açıkça yer almaktadır. Bu belgede gözaltında kayıplar kendi başına insanlığa karşı işlenen bir suç olarak tanımlanmaktadır: Başka bir deyişle, gözaltında kayıp mahiyetindeki herhangi bir fiil, bu metne göre, insanlığa karşı işlenmiş suç sayılmaktadır.

2. 1994 tarihli *Kişilerin Gözaltında Kaybedilmeleri Inter-Amerikan Sözleşme*, Giriş bölümünün 6. paragrafında “gözaltında kayıpların sistematik biçimde gerçekleşmesinin, doğası gereği insanlığa karşı suç teşkil ettiğini” bir kez daha teyit etmektedir.

3. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1996 tarihli *İnsanlık için Barış ve Güvenliğe Karşı İşlenen Suçlar Yasası*'nin 18. maddesi insanlığa karşı işlenen suçları şöyle tanımlamaktadır: “İnsanlığa Karşı İşlenen Suç, sistematik biçimde veya geniş ölçekte olmak üzere, herhangi bir Hükümet veya kuruluş veya grup tarafından tahrik edilen veya yönlendirilen aşağıdaki fiillerden herhangi biri anlamına gelir...” Bu tanım maddede sıralanan tüm suçlar için geçerlidir ve bunların arasında gözaltında kayıplar da yer almaktadır.

4. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşuna temel olan 1998 tarihli Roma Statüsü'nün 7. maddesinin 1'inci paragrafı da insanlığa karşı işlenen suç konseptinin genel bir tanımını vermektedir ve bu tanım gözaltında kayıplar dâhil yukarıda değinilen paragrafta sıralanan suçlar için geçerlilik taşımaktadır. Tanım, çeşitli ölçütler içermektedir: “Bu Tüzüğün amaçları açısından ‘insanlığa karşı işlenen suçlar’ herhangi bir sivil nüfusu hedef almak üzere, yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak gerçekleştirilen ve aşağıda belirtilen fiillerden herhangi birini

kapsar".Kişilerin Gözaltında Kayıplara Karşı Korunmaları ile ilgili 2006 tarihli Uluslararası Sözleşme'nin 5. maddesinde şöyle denmektedir: "Gözaltında kayıpların yaygın veya sistematik bir uygulama olarak gerçekleşmesi, ilgili uluslararası hukuk çerçevesindeki tanımıyla insanlığa karşı işlenen bir suç oluşturmaktadır ve dolayısıyla gereği de yürürlükteki uluslararası hukuka göre yapılmalıdır".

5. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun yasa tasarısında sıralanan ölçütleri çağrıştıran bu hüküm, "*ilgili uluslararası hukuk çerçevesindeki tanımıyla*" ifadesiyle aslında uluslararası hukukun diğer araçlarına veya kaynaklarına atıfta bulunmaktadır. Hazırlık çalışmalarını yürütenler, Devletlerin gözaltında kayıplara insanlığa karşı bir suç *tanımını* verme niyetinde olmadıklarını, ancak uluslararası hukukun diğer araçlarına ve kaynaklarına uygun olarak bu nitelenmenin kabul edildiğini teyit etmektedir.

6. Uluslararası mahkemelerin içtihadından ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nden hareketle, insanlığa karşı suçların belirli bir bağlamda işlenen suçlar olduğu tespit edilebilir. Başka bir deyişle, insanlığa karşı işlenen suçların özelliğini sağlayan, *bağlamsal öğelerdir*. Bu özel bağlamsal öğeler sayesinde ki sıradan bir cinayetle insanlığa karşı işlenen suç kapsamındaki cinayet birbirinden ayrıştırılabilir.

7. Aynı husus gözaltında kayıplar için de geçerlidir; gözaltında kayıplar da ancak belirli bir bağlamda gerçekleştiğinde insanlığa karşı işlenen suç olarak nitelenebilir.

8. Bu durumda, 1992 tarihli Bildirge'nin Giriş bölümündeki 4'üncü paragraf bundan böyle mevcut uluslararası hukukla aynı doğrultuda değildir. Mevcut uluslararası hukukun bu konuya ilişkin ikna edici kanıtları, uluslararası ceza mahkemeleri içtihadında, karma yargı organlarında ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nde bulunabilir.

9. Bu bağlamda, diğerlerinin yanı sıra iki *ad hoc* uluslararası ceza mahkemesinin içtihadı, Eski

Yugoslavya ad hoc Ceza Mahkemesi Temyiz Bölümü'nün *Kunarac ve Diğerleri Davası* hakkındaki kararıyla kesinlik kazanmıştır (12 Haziran 2002, IT-96-23 & 23/1-A, bkz, paragraf 71-105). Burada Temyiz Bölümü insanlığa karşı işlenen suçlarda bağlamsal öğeleri şöyle belirtmiştir:

- a. bir "saldırının" gerçekleşmiş olması;
- b. bu saldırının herhangi bir sivil nüfusu hedef alması;
- c. saldırının yaygın veya sistematik bir mahiyet taşıması;
- d. failin saldırı hakkında bilgi sahibi olması.

10. Aynı öğeler Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 7/1. maddesinde de yinelenmekte ve şöyle denmektedir: "Bu Statünün amaçları açısından 'insanlığa karşı işlenen suçlar' herhangi bir sivil nüfusu hedef almak üzere, yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak gerçekleştirilen ve aşağıda belirtilen fiillerden herhangi birini kapsar".

11. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 100'ü aşkın ülke tarafından onaylanmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 1. Ön Yargılama Bölümü ön açısı bir kararla madde 7/1'in yorumlanmasında *Kunarac* kararına geniş atıflarda bulunmuştur (*Savcı v. Ahmad Muhammad Harun* (« Ahmad Harun ») ve *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* (« Ali Kushayb »), n° ICC-02/05-01/07, 58/7. madde çerçevesinde Savcının başvurusu üzerine alınan karar, 27 Nisan 2007, paragraf 60-62).

12. Ayrıca belirtmek gerekir ki madde 7/1 diğer uluslararası ve karma yargı organlarının tüzüklerine de geçirilmiştir. Bunların arasında Sierra Leone Özel Mahkemesi, Timor- Leste'de Ağır Suçlara Bakan Özel Yargı Organları ve Kamboçya'daki mahkemelerin özel yetkili daireleri de yer almaktadır.

13. Dolayısıyla Çalışma Grubu, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 7/1. maddesinde verilen tanımın artık uluslararası adet hukukunu yansıttığı, bu nedenle de Bildirge'nin hükümlerini

yorumlamakta ve uygulamakta kullanılabileceği görüşündedir.

14. İnsanlığa karşı işlenen suç mahiyeti taşıyabilecek gözaltında kayıp durumları ile ilgili iddialar gündeme geldiğinde Çalışma Grubu, bu iddiaları uluslararası ve karma yargı organları tarafından yorumlandığı şekliyle Roma Tüzüğü'nün 7/1. maddesinde sıralanan ölçütler ışığında değerlendirecek, uygun gördüklerini uluslararası, bölgesel veya yerel ölçeklerde yetkili mercilere sevk edecektir.

© Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, 2016

Ağır insan hakları ihlallerinin nasıl meydana geldiği ve ihlallerden kimin sorumlu olduğuna dair hakikatin ortaya çıkarılması toplumların geçmişte yaşanan ihlalleri anlamaları ve sonlandırmalarına yardım eder. Toplumun geçmişte yaşanan ihlallerle ilgili kesin ve tam bilgi sahibi olmaksızın bir daha böylesi ihlallerin gerçekleşmesini engellemesi oldukça gctr. Hakikat, travmatik süreçlerden sonra iyileşme sürecine yardımcı olmanın yanında cezasızlık ve toplumsal inkara karşı koruma sağlar. İnkar ve sessizlik toplumsal olarak güvensizlik ve kutuplaşmanın artmasına yol açarken, hakikatin tesis edilmesi uzlaşma sürecini başlatabilir. şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkeleri üzerine kurulu bir politik ve yargısal düzen yurttaşların güvenini sağlar.

Zorla Kaybedilen Hasan Gülünay hakkında Anayasa Mahkemesi'nde İncelenmekte olan 13/2640 numaralı Bireysel Başvuru Dosyasına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nn 44/3(a) maddesine kıyasen sunulmuştur.



9 786058 381407