

Ağır İnsan Hakları İhlalleri İçin özüm (Başvuru) ve Telafi Hakkı

Uygulayıcı Rehberi

Gözden geçirilmiş bası, 2018



Dünyanın dört bir tarafından 60 seçkin hukukçudan oluşan Uluslararası Hukukçular Komisyonu (ICJ), hukukun üstünlüğü ilkesinden yola çıkarak ve benzersiz hukuki uzmanlığını ulusal ve uluslararası adalet sistemleri geliştirme ve güçlendirme alanında kullanarak insan haklarının geliştirilmesi ve korunması için çalışmaktadır. 1952 yılında kurulan ve beş kıtada faaliyet gösteren ICJ, uluslararası insan hakları ve uluslararası insancıl hukukun aşama aşama geliştirilmesi ve etkin bir şekilde uygulanması; medeni, kültürel, ekonomik, siyasi ve sosyal hakların uygulanması; kuvvetler ayrılığının teminat altına alınması ve yargı ile hukuk mesleğinin bağımsızlığının sağlanmasını amaçlamaktadır.

© Ağır İnsan Hakları İhlalleri İçin Çözüm (Başvuru) ve Telafi Hakkı - Uygulayıcı Rehberi

© Telif hakkı Uluslararası Hukukçular Komisyonu'na aittir, 2018 .

Uluslararası Hukukçular Komisyonu (ICJ), bilgilendirilmesi ve söz konusu bölümü içeren yayının bir kopyasının aşağıdaki adreste bulunan genel merkeze gönderilmesi şartıyla yayınlarından bölümlerin ücretsiz olarak kopyalanmasına izin vermektedir.

International Commission of Jurists

P.O. Box 91

Rue des Bains 33

Cenevre

İsviçre

Bu yayının mali kaynağı Avrupa Birliği tarafından sağlanmıştır. Yayında yer verilen hukuki analizler destekçinin görüşlerini yansıtmayabilir.



Ağır İnsan Hakları İhlalleri İçin özüm (Başvuru) ve Telafi Hakkı

Uygulayıcı Rehberi No. 2

Gözden geçirilmiş bası, 2018

Teşekkürler

Bu Uygulayıcı Rehberinin 2005 yılında yayınlanan ilk basısı Isabella Heyer'in araştırmalarda yardımı ile Cordula Droege tarafından araştırılışmış ve yazılmış, Federico Andreu Guzmán tarafından ise hukuki yönden gözden geçirilmiştir. Rehberin yazımı Almanya Evangelical Development Service kuruluşunun desteğiyle mümkün olmuştur. Rehber 2013 yılında Sandra Krahenmann tarafından güncellenmiş ve bu defa Jill Heine ve Ian Seiderman tarafından gözden geçirilmiştir. Güncelleme Nepal'deki Danimarka, İsveç ve Birleşik Krallık Büyükelçilikleri ile Norveç Dışışleri Bakanlığının desteği ile gerçekleştirilmiştir.

Mevcut metin ise Livio Zilli'nin araştırma ve güncellemesi ve Alex Conte ve Ian Seiderman'ın hukuki yönden gözden geçirmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Bu güncelleme UHK'nın Küresel Tazmin ve Hesap verebilirlik Girişimi çerçevesinde ve Finlandiya Dışışleri Bakanlığının finansal desteğiyle mümkün olmuştur ki UHK bu destek için minnettardır.

İçindekiler

<i>Kısaltmalar Tablosu</i>	v
<i>Hukuki Belgeler Tablosu</i>	vii
<i>Terminoloji</i>	xii
Giriş	15
1. Devletin İnsan Haklarından Kaynaklanan Ödevleri	19
1.1 Devletlerin İnsan haklarından kaynaklanan ödevlerinin nitelikleri	22
1.2 Devlet Sorumluluğu	27
2. Mağdurlar ve Telifiye Hakkı Olan Diğer Kişiler	32
2.1 "Doğrudan" ve "dolaylı" mağdur kavramları ve telifiye hakkı olan kişiler	35
<i>Uluslararası Sözleşmeler ve diğer hukuki belgeler</i>	35
<i>Yargısal Uygulamalar</i>	36
2.2 Uğranılan Zarar Kavramı.....	41
2.3 'Kolektif mağdurlar', 'kolektif haklar' ve 'kişi gruplarının' hakları kavramları.....	42
<i>Uluslararası Sözleşmeler ve diğer hukuki belgeler</i>	43
<i>Yargısal Uygulama</i>	45
3. Çözüm (Başvuru) Hakkı	52
3.1 Ayrımcılık Yasağı ve Çözüm Hakkı.....	56
3.2 Hukuksuz tutmaya karşı uluslararası hukuk çözümleri.....	61
3.3 Çözüm hakkının, özellikle yargısal başvuru hakkının gereklilikleri	65
<i>Hızlılık ve etkinlik</i>	65
<i>Bağımsız Makam</i>	68
<i>Erişilebilirlik, adli yardım dahil</i>	69
<i>İhlali sona erdirme ve telifiye sağlama</i>	72
<i>Soruşturma açılmasına olanak tanıma</i>	73
<i>Yargısal bir çözüme olanak tanıma</i>	73
3.4 Telifi talep etmeye ilişkin çözüm hakkı.....	81
<i>Özet</i>	82
4. Soruşturma yapılmasını isteme hakkı	84
4.1 Soruşturma Yapılmasını İsteme Hakkının Hukuki Kaynakları	85
<i>Uluslararası Sözleşmeler ve Bildirge Niteliğindeki Belgeler</i> 85	
<i>Uygulama ve İçtihat</i>	88
4.2 Soruşturmanın Gereklileri	96

	<i>Soruşturma re'sen, yani mağdurlar veya yakınları şikâyetinde bulunmak zorunda kalmadan yapılmalıdır.....</i>	97
	<i>Faileri tespit etmeye ve, gerekliyse, cezalandırmaya elverişli olmalıdır</i>	102
	<i>Soruşturma Makamlarının Yetkileri</i>	104
	<i>Mağdurların ve yakınlarının katılımı.....</i>	105
	<i>Şikayetçilerin, mağdurların, bunların yakınlarının ve tanıkların misillemeye karşı korunması.....</i>	109
	<i>Tüm İlgili Delillerin Belgelenmesi</i>	110
	<i>Soruşturma Sırasında Görevlilerin Görevden Uzaklaştırılması.....</i>	114
	<i>Soruşturmanın Kamuya Açıklanması.....</i>	115
5.	Hakikati Öğrenme Hakkı	117
5.1	İnsancıl Hukuk	117
5.2	İnsan Hakları Hukuku	121
	<i>Birleşmiş Milletler Sistemi</i>	121
	<i>Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi.....</i>	125
	<i>Avrupa Sistemi</i>	128
	<i>Bireysel ve kolektif bir hak olarak hakikati öğrenme hakkı .</i>	131
	<i>Hakikati Öğrenme Hakkının Kapsamı</i>	133
6.	İhlalin Sona Erdirilmesi ve Tekrarlamamasını Sağlama Güvenceleri.....	135
6.1	Terminoloji	136
6.2	Tekrarlamama Güvenceleri	140
	<i>Daha fazla ihlali önlemek için yasama önlemleri alma ödevi</i>	140
	<i>İnsan hakları savunucularının, tıbbi ve adli personelin, medya çalışanları ve diğer personelin korunması.....</i>	147
	<i>İnsan hakları eğitimi.....</i>	149
	<i>Askeri ve güvenlik güçleri üzerinde sivil kontrol.....</i>	151
7.	Eski Hale İade, Tazminat, Rehabilitasyon ve Tatmin ..	153
7.1	Eski Hale İade.....	159
	<i>Ceza Yargılamasının yenilenmesi</i>	163
	<i>Hukuki Hakları İadesi</i>	167
	<i>Özgürlüğün İadesi.....</i>	168
	<i>Vatandaşlığın İadesi ya da tanınması</i>	169

	<i>Kişinin ikamet yerine dönmesi</i>	169
	<i>İşe iade</i>	171
	<i>Mülkün geri verilmesi</i>	172
7.2	Tazminat	173
	<i>Genel olarak tazminat</i>	174
	<i>Maddi Zararlar</i>	181
	<i>Maddi olmayan/manevi zararlar: fiziksel ve psikolojik hasar</i>	189
	<i>Toplu tazminat / telafi</i>	195
	<i>Tazminat talepleri ve zamanaşımı</i>	199
	<i>Tazminat talepleri ve yargı dokunulmazlıkları</i>	201
7.3	Rehabilitasyon.....	204
7.4	Tatmin	207
	<i>Yargı kararları yoluyla tatmin</i>	207
	<i>Özür, resmen tanıma (kamusal kabul) ve sorumluluğun kabulü</i>	209
	<i>Kamusal anma</i>	211
8.	Soruşturma ve Cezalandırma Yükümlülüğü	214
8.1	Ağır insan hakları ihlallerini kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü.....	217
	<i>Devletin kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü</i>	217
	<i>Spesifik haklar</i>	226
8.2	Mağdurların, yakınlarının ve tanıkların ceza muhakemesi sürecindeki hakları.....	239
9.	Kovuşturma ve Cezalandırma Engelleri: Askeri Mahkemelerin Yetkileri; Af Kanunları; Zamanaşımı	245
9.1	Askeri Yargılamalarda Cezasızlık	246
	<i>Birleşmiş Milletler sistemi</i>	246
	<i>Bölgesel sistemler</i>	249
9.2	Af Kanunları	250
	<i>Uluslararası Belgeler</i>	250
	<i>Birleşmiş Milletler anlaşma organları</i>	251
	<i>Barış anlaşmalarında insan hakları ihlalleri ile ilgili aflar hakkında yakın tarihli BM uygulaması</i>	255
	<i>Uluslararası mahkemeler</i>	260
	<i>Bölgesel İçtihat</i>	260
	<i>Uluslararası Kızılhaç Komitesi</i>	264
	<i>Ulusal mevzuatta ve içtihatlardaki eğilimler</i>	265

9.3	Zamanaşımı.....	270
	<i>Savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım</i>	<i>272</i>
	<i>Ağır insan hakları ihlalleri (genel).....</i>	<i>273</i>
	<i>İşkence.....</i>	<i>275</i>
	<i>"Kaybedilmeler" özel vakası</i>	<i>275</i>
	<i>Ulusal mevzuat ve içtihatlardaki eğilimler</i>	<i>277</i>
Ek-1	Uluslararası Normlar ve Standartlar Konusunda Bir	
	Seçki	286
Ek-2	Telafi ve Cezasızlığa İlişkin BM İlkeleri	302

Kısaltmalar Tablosu

AmİHS	Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHHS	Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi
AİHHK	Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu
İKS	İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani ya da Küçültücü Muamele ya da Cezalara Karşı Sözleşme
KKAOKS	Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme
IAOKUS	Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme
AK	Avrupa Konseyi
ÇHS	Çocuk Hakları Sözleşmesi
EKHS	Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi
AİHS	İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ATS	Avrupa Topluluğunu Kuran Sözleşme
AAS	Avrupa Antlaşmalar Serisi
AAİHM	Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi
AAİHK	Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu
UCM	Uluslararası Ceza Mahkemesi

UMSHS	Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
UESKHS	Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
ZKKS	Tüm Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme
RUCM	Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi
YUCM	Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi
UHK	Uluslararası Hukuk Komisyonu
GİAHKUS	Bütün Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme
ADÖ	Amerikan Devletler Örgütü
UDAD	Uluslararası Daimî Adalet Divanı
EİHB	Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi
BM Bel	Birleşmiş Milletler Belgesi

Hukuki Belgeler Tablosu

Evrensel Sözleşmeler

Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı

İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani ya da Küçültücü Muamele ya da Cezalara Karşı Sözleşme, 78 UNTS 277

Birleşmiş Milletler İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Fahişeliğinin Sömürülmesinin Önlenmesi Sözleşmesi, 96 UNTS 271

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, 249 UNTS 13

Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamaşımının Uygulanmaması Sözleşmesi, UN Doc A/7218 (1968)

Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, 78 UNTS 277

Çocuk Hakları Sözleşmesi, BM Bel A/44/49 (1989)

Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi, 2525 UNTS 3

Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi, 1989 (No. 169), 72 UÇÖ Resmi Bülten 59

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, 660 UNTS 195

Bütün Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, Genel Kurul'un 45/158 (1990) sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

Apartheid Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme, BM Bel A/47/49 (1992)

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 999 UNTS 171

Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, 993 UNTS 3

Bütün Bireylerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, BM Bel A/61/488

Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmasına İlişkin İhtiyari Protokol, Genel Kurul'un A/RES/54/263 (2000) sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne ek, çocuk satışı, fuhuşu ve pornografisine ilişkin İhtiyari Protokol, Genel Kurul'un A/RES/54/263 (2000) sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesi, Durdurulması ve Cezalandırılmasına Dair Protokol, BM Bel A/45/49 (Vol. I) (2001)

Uluslararası Ceza Mahkemesine Dair Roma Statüsü, BM Bel A/CONF.183/9 (1998)

Bildirge Niteliğindeki Belgeler

Uluslararası Haksız Eylemlerden Dolayı Devletin Sorumluluğuna Dair Maddeler, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilmiştir.

Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlalleri İçin Mağdurların Çözüm ve Telafi Haklarına Dair Temel İlkeler ve Esaslar, Genel Kurul'un 60/147 (2005) sayılı kararıyla kabul edilmiştir. (Telafiye Dair BM İlkeleri şeklinde referans verilmiştir)

Yargı Bağımsızlığına Dair Temel İlkeler, Genel Kurul'un 40/32 (1985) ve 40/146 (1985) sayılı kararlarıyla onaylanmıştır.

Emniyet Görevlileri Tarafından Güç ve Silah Kullanılmasına Dair Temel İlkeler, Suçun Önlenmesi ve Faillerin İslahına Dair Sekizinci Birleşmiş Milletler Kongresinde kabul edilmiştir, Havana, Küba, 27 Ağustos-7 Eylül 1990

Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları için Adalet Temel İlkeleri Bildirgesi, Genel Kurul'un 40/34 (1985) sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

Din ve İnanca Dayalı Her Türü Tahammülsüzlüğün ve Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge, Genel Kurul'un 36/55 (1981) sayılı kararıyla ilan edilmiştir.

Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge, Genel Kurul'un 48/104 (1993) sayılı kararıyla ilan edilmiştir.

Tüm Bireylerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge, Genel Kurul'un 47/133 (1992) sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

Evrensel Olarak Tanınmış İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması ve Geliştirilmesi Konusunda Bireylerin, Grupların ve Toplumun Organlarının Hakları ve Sorumluluklarına Dair Bildirge, Genel Kurul'un 53/144 (1999) sayılı kararıyla kabul edilmiştir. (İnsan Hakları Savunucularına Dair Bildirge şeklinde referans verilmiştir).

Ulusal, Etnik, Dini ve Dilsel Azınlıklara Mensup Bireylerin Haklarına Dair Bildirge, Genel Kurul'un 47/135 (1992) sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

Askeri Mahkemeler Yoluyla Adaletin Gerçekleştirilmesine Dair Taslak İlkeler, BM İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Alt-Komisyonu tarafından BM İnsan Hakları Komisyonuna sunulmuştur. BM Bel. E/CN.4/2006/58 (2006)

Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlardan Suçlu Kişilerin Tespiti, Yakalanması, Sınır dışı edilmesi ve Cezalandırılmasında Uluslararası İş birliği İlkeleri, Genel Kurul'un 3074 (XXVIII) (1973) sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

Mülteciler ve Yerinden Edilmiş Kişilerin Barındırılması ve Mallarının İadesine İlişkin İlkeler, BM İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Alt-Komisyonu, E/CN.4/Sub.2/2005/17 (2005)

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ve Cezaların Etkili Bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelenmesine Dair İlkeler, Genel Kurul'un 55/89 (2000) sayılı kararıyla tavsiye edilmiştir (İşkencenin Soruşturulmasına Dair BM İlkeleri şeklinde referans verilmiştir).

Hukuk dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkili bir Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler, Ekonomik ve Sosyal Konseyin 1989/65 (1989) sayılı kararıyla tavsiye edilmiştir (Yargısız İnfazlara Dair BM İlkeleri şeklinde referans verilmiştir).

İrkçilik, İrk Ayrımcılığı, Yabancı Düşmanlığı ve İlgili Tahammülsüzlüğe Karşı Dünya Konferansı Eylem Programı, A/CONF.189/12 (2001)

Cezasızlıkla mücadele yoluyla insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için güncellenmiş ilkeler seti, BM Bel E/CN.4/2005/102/Add.1 (2005) (Cezasızlığa Dair BM İlkeleri)

Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı, İnsan Hakları Dünya Konferansı tarafından 25 Haziran 1993 tarihinde Viyana'da kabul edilmiştir.

Özgürlüğünden Mahrum Bırakılan Her Kimsenin Bir Mahkeme Önünde İtiraz Hakkına İlişkin Usuller ve Çözüme Dair Birleşmiş Milletler Temel İlkeleri ve Esasları, BM Keyfi Tutuklama Çalışma Grubu tarafından kabul edilmiştir, BM Bel A/HRC/30/37 (2005)

Bölgesel Belgeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ETS 5

Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri, Bakanlar Komitesi tarafından 30 Mart 2011 tarihinde kabul edilmiştir.

Kadına Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddetle Mücadele ve Önlemeye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi), Avrupa Konseyi Antlaşmalar Serisi No.210, İstanbul 11.V.2011

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, 11 Aralık 2000 tarihli Official Journal C 364/01

Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma, birleştirilmiş metin, 24 Aralık 2002 tarihli Official Journal C325

İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçlarında Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Avrupa Sözleşmesi, ETS 82

İnsan Hakları ve Ödevlerine İlişkin Amerikan Bildirgesi, Amerikan Devletleri Dokuzuncu Uluslararası Konferansında onaylanmıştır, Bogota, Kolombiya, 1948

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, ADÖ Antlaşmalar Serisi No.36

İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Amerikalılar-arası Sözleşme, ADÖ Antlaşmalar Serisi No.67

Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerikalılar-arası Sözleşme, 33 ILM 1534 (1994)

Kişilerin Zorla Kaybedilmesine Dair Amerikalılar-arası Sözleşme, 33 ILM 1429 (1994)

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, ABÖ Bel. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 ILM 58 (1982)

Uluslararası İnsancıl Hukuk Belgeleri

Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin İslahı İçin Cenevre Sözleşmesi, 75 UNTS 31 (Birinci Cenevre Sözleşmesi şeklinde referans verilmiştir)

Denizdeki Silahlı Kuvvetlerin Yaralı, Hasta ve Kaza Geçirmiş Mensuplarının İyileştirilmesi Hakkında Cenevre Sözleşmesi, 75 UNTS 85 (İkinci Cenevre Sözleşmesi şeklinde referans verilmiştir)

Savaş Tutsaklarına Uygulanacak İşlemlere İlişkin Cenevre Sözleşmesi, 75 UNTS 135 Üçüncü Cenevre Sözleşmesi şeklinde referans verilmiştir)

Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi. 75 UNTS 287 Dördüncü Cenevre Sözleşmesi şeklinde referans verilmiştir)

Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol (Protokol I), 1125 UNTS 3 (Cenevre Sözleşmelerine Birinci Ek Protokol şeklinde referans verilmiştir)

Uluslararası-olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol (Protokol II), 1125 UNTS 609 (*Cenevre Sözleşmelerine İkinci Ek Protokol* şeklinde referans verilmiştir)

Terminoloji

Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlalleri İçin Mağdurların Çözüm ve Telif Haklarına Dair Temel İlkeler ve Esaslarda ne **“uluslararası insan hakları hukukunun ağır ihlalleri”** ne de **“uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri”** tanımlanmamıştır. Uluslararası hukukta resmi olarak tanımlanmamış olsa da **“ağır ihlaller”** (gross violations) ve **“ciddi ihlaller”** (serious violations), niteliksel ve niceliksel olarak insan oğlunun en temel haklarını, özellikle yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığın bütünlüğü hakkını etkileyen ihlalleri ifade etmektedir. Genellikle soykırım, kölelik, köle ticareti, adam öldürme, zorla kaybedilme, işkence ya da diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza veya muamele, uzun süren keyfi tutma, halkın sınır dışı edilmesi ya da zorla yerinden edilmesi ve sistematik ırk ayrımcılığı bu kategoriye girmektedir. Kasıtlı ve sistematik olarak temel gıda maddelerinden, temel sağlık hizmetlerinden, ya da barınma veya konuttan mahrum etme de ağır insan hakkı ihlali teşkil edebilir. Uluslararası insancıl hukukta “ciddi ihlaller” (serious violations), “ağır ihlallerden” (grave breaches) farklıdır. “Ağır ihlal” uluslararası insancıl hukukta tanımlanan ve yalnızca uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin olan gaddarca ihlalleri ifade eder. “Ciddi ihlal” kavramı uluslararası insancıl hukukta kullanılmış ancak tanımlanmamıştır. Bunlar hem uluslararası çatışmalarda hem de uluslararası olmayan çatışmalarda işlenen ve uluslararası hukukta suç teşkil eden ciddi ihlalleri ifade eder. “Ciddi ihlal” (aynı şekilde “ağır ihlal”) teşkil eden fiiller ve bunların unsurları Uluslararası Ceza Mahkemesine Dair Roma Statüsünün 8. maddesinde “savaş suçları” başlığı altında belirtilmiştir¹.

¹ Bkz. Redress, Implementing Victims’ Rights: A Handbook on the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation (Giderim, Mağdurların Haklarının Hayata Geçirilmesi: Çözüm ve Telif Haklarına İlişkin Temel İlkeler ve Esaslar El Kitabı) (Londra, 2006); ve İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States. Reparations programmes, (Çatışma sonrası devletlerde Hukuk Devleti araçları: Telif Programları) HR/PUB/08/1 (2008).

Bu rehberde “**çözüm**” (remedy) kavramı, usulü çareleri ifade etmek için kullanılırken “**telafi**” (reparation) kavramı eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve ihlalin tekrarlanmamasını sağlama yükümlülüğünü ifade etmektedir². Telafiye Dair BM İlkelerine³ göre tam ve etkili bir telafi şu unsurları kapsar: eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve ihlalin tekrarlanmaması güvencesi.⁴

Eski Hale İade uluslararası insan hakları hukukunun ağır ihlali ya da uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalinin mağduru olan kişilerin ihlal öncesindeki durumlarına döndürülmesi için gerekli tedbirleri ifade eder. Mesela, özgürlüğün, kimliğin, aile yaşamı ve vatandaşlığın iadesi, kişinin ikamet ettiği yere dönmesi, işe iadesi ya da mallarının geri verilmesi gibi.

Tazminat ihlalin ağırlığına ve her olayın koşullarına uygun ve orantılı olarak, kaçırılan fırsatlar, kazanç kayıpları ve manevi za-

² İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 31, Sözleşmeye Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Mükellefiyetin Doğası, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), 16 paragrafında şöyle denilmektedir: “Komite, uygun olduğu hallerde, telafinin eski hale iade, rehabilitasyon, kamusal özür ve kamusal anma gibi tatmin önlemleri, ihlalin tekrarını önlemeye yönelik güvenceler ve ilgili hukukta ve uygulamada değişikliklerin yanı sıra insan hakları ihlallerinin faillerini adeta önüne çıkarma önlemlerini içerebileceğine işaret eder.”

³ Ağır İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi İnsancıl Hukuk İhlalleri İçin Mağdurların Çözüm ve Telafi Haklarına Dair Temel İlkeler, Genel Kurul’un 60/147, BM Bel A/RES/60/147 (2005) sayılı kararıyla kabul edilmiştir. (Telafiye Dair BM İlkeleri şeklinde referans verilmiştir), İlkeler 18-23.

⁴ Ayrıca bkz. İşkenceye Karşı Komite, Genel Yorum No. 3, 14. Maddenin Taraf Devletlerce Uygulanması, BM Bel CAT/C/GC/3 (2012) şöyle denilmektedir: “Komite 14. maddede yer alan “giderim” (redress) kavramının “etkili çözüm” ve “telafi” kavramlarını da kapsadığı kanaatindedir. Bu nedenle kapsayıcı bir düzeltme kavramının eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve tekrarlanmama güvencelerini içermesi ve Sözleşmenin bütün ihlallerinin düzeltilmesi için gerekli tüm tedbirleri ifade etmesi gerekir.” Ayrıca bkz. Uluslararası Haksız Eylemlerden Dolayı Devletin Sorumluluğuna Dair Maddeler, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilmiş ve BM Bel A/56/10 (2001) belgesi içinde Genel Kurula sunulmuştur, 34 madde (telafi şekilleri) şöyledir: “Uluslararası haksız eylemden kaynaklanan zararın tam telafisi bu bölümdeki hükümlere uygun olarak eski hale iade, tazminat ve tatmin şekillerinden birini ya da birden fazlasını kapsayabilir”.

rarlar gibi hem maddi hem de maddi olmayan, ekonomik olarak hesaplanabilen tüm zararlar karşılığı ödenmesi gereken parasal bir meblağı ifade eder.

Rehabilitasyon, tıbbi ve psikolojik bakımın yanı sıra hukuki ve sosyal hizmetleri ifade eder.

Tatmin, ihlalin sona erdirilmesinden, hakikatin araştırılmasına, kayıpların aranmasından, kalıntıların bulunması ve yeniden görmülmesine, kamusal özürden yargısal ve idari yaptırımlara, anma ve hatırlama ve insan hakları eğitimi gibi geniş bir tedbirler kategorisini ifade etmektedir.

Tekrarlamama güvenceleri, örneğin, güvenlik güçleri ve askerleri sivillerin kontrolüne veren kurumsal reformlar; yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi; insan hakları savunucularının korunması; insan hakları eğitimi; kamu hizmetleri, emniyet güçleri, medya ve psikolojik ve sosyal hizmetlerde uluslararası insan hakları standartlarının uygulamaya geçirilmesi gibi tedbirleri içeren çok geniş bir kategoridir.

Giriş

Her insan davranışı, bazıları yakın zamanda bazıları ise uzun zaman içinde gerçekleşecek çeşitli sonuçlar doğurur. Eski bir özdeyiş şöyle der: causa causae est causa causati (sebebin sebebi, sebep olunan şeyin sebebidir, ya da sebebin sebebi, sonucun sebebidir). Göle atılan bir taşın etkisini düşünün; su üzerinde dalgalanan iç içe geçmiş, gittikçe daha da uzaklaşan ve zorla fark edilebilir hale gelen dairelere sebep olacaktır. Bu nedenle, aynı şekilde tüm insan davranışlarının uzun vadeli ve ağır etkileri olur⁵.

Uluslararası insan hakları hukukunda çözüm ve telafi haklarının normatif temeli, pek çok uluslararası insan hakları belgesinde yer almak suretiyle, yerleşik hale gelmiştir⁶. Çözüm ve telafi hakları sadece doktrinde savunulmamış, aynı zamanda uygulamada da kabul edilmiştir.⁷ Bunun sonucu olarak, insan hakları ihlali mağdurlarının etkili bir çözüm ve telafi hakkına sahip olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu hak, insan hakları ihlallerinden devletin sorumluluğunun tanınmış bir sonucu olmakla birlikte, bu hakkın uygulanma usulleri genellikle ihmal edilmiştir. Çözüm ve telafi hakkına ilişkin uluslararası hukuki kurallar birbirinden farklı, çoğunlukla muğlak ve ortak bir terminolojiyi takip etmekten uzaktır. Ancak devletin telafi sağlama ödevinin farklı boyutları, uluslararası içtihatlarda ayrıntılı bir şekilde geliştirilmiş ve açıklığa kavuşturulmuştur. Zamanla pek çok ilke tanınmış ve

⁵ Aloeboetoe ve diğerleri/Surinam davası, AAİHM, 10 Eylül 1993 tarihli karar, Series C No.15, para 48.

⁶ Bunlar arasında: EİHB, madde 8; UMSHS, madde 2; IAOKS, madde 6; İKS, madde 14; ÇHS, madde 39. Ayrıca hem uluslararası insancıl hukuk hem de uluslararası ceza hukuku bu bağlamda ilgilidir, özellikle bu çerçevede: Kara Savaşlarında Hukuka ve Teamüllere saygıya İlişkin Lahey Sözleşmesi (madde 3); Uluslararası Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına Dair Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol (madde 91); ve Uluslararası Ceza Mahkemesine Dair Roma Statüsü (maddeler 68 ve 75).

⁷ İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Çatışma Sonrası Devletler için Hukuk Devleti Araçları: Telafi Programları, HR/PUB/08/1 (2008), s.8, şuradan erişilebilir: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammes.pdf>.

güçlendirilmiş ve bazıları anlaşmalarda ya da antlaşma dışı belgelerde ve çeşitli uluslararası organların Genel Yorumlarında yer almıştır. Yorumlar ve terminoloji çeşitli sistemlerde farklılık arz etse de çözüm ve telafi hakkına ilişkin tutarlı bir ilkeler seti olduğu söylenebilir. Bu gelişmelere dayalı olarak, BM Genel Kurulu, Aralık 2005 tarihinde 64. toplantısında Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri İçin Mağdurların Çözüm ve Telafi Haklarına Dair Temel İlkeler ve Esasları kabul etmiştir (Bundan sonra: Telafiye İlişkin BM İlkeleri olarak anılacaktır).⁸

Günümüzde devletlerin uluslararası insan hakları hukukunun ağır ihlali ve uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlali durumlarından devletlerin çözüm ve telafi sağlama yükümlülüklerine ilişkin olarak ayrıntılı ve spesifik kurallar bulunmaktadır. Bu çerçevede bu Uygulayıcı Rehberi, telafiye ilişkin uluslararası içtihadı bir araya getirmek suretiyle, ağır insan hakları ihlali mağdurlarının çözüm ve telafi haklarına ilişkin uluslararası hukuk ilkelerini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Ancak, uluslararası hukukun devletleri tüm insan hakları ihlalleri ve kötüye kullanmalara karşı çözüm ve telafi sunma yükümlülüğü altına soktuğu hatırdta tutulmalıdır; Telafiye ilişkin BM İlkeleri de aynı yükümlülükleri tanımaktadır⁹. Aslında herhangi bir yanlış anlaşılımdan kaçınmak için yükümlülük azaltma yasağına ilişkin 26. ilkede şu ifadeye yer verilmiştir: "Bu İlke ve Esasların uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukukun *tüm* ihlalleri için çözüm ve telafi haklarına hanel getirmediği anlaşılmaktadır" (vurgu eklenmiştir). Bu nedenle, bu Uygulayıcı Rehberinin hazırlanmasında gözetilen temel varsayım, tüm insan hakları ihlalleri ve kötüye kullanmalara karşı çözüm ve telafi hakkı bulunduğu dikkate alındığında, salt olarak ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerine karşı çözüm ve telafi haklarına yoğunlaşmanın gereksiz

⁸ Genel Kurul Kararı A/RES/60/147 (2005). Çözüm ve Telafiye ilişkin BM İlkeleri daha önce İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilmiştir E/CN.4/RES/2005/35 (2005).

⁹ Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, ilke 2(c) ve İlke 3 (c).

bir şekilde sınırlandırıcı olacaktır.¹⁰ Bu nedenle Rehber, çeşitli çözüm ve telafi türlerinin anlamı ve uygulaması ve bunların her birinin niteliklerinin açıklanması üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Bu Rehberin temel kaynakları, Birleşmiş Milletler insan hakları sözleşme organlarının, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin içtihatlarıdır. Ayrıca BM İnsan Hakları Konseyi¹¹ ve özel usulleri, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyinin uygulamaları da dikkate alınmıştır.

Rehber, hukuki, mesleki, sosyal ve diğer faaliyetleri için uluslararası kaynakları elinde bulundurmaya yararlı gören uygulayıcılar için hazırlanmıştır. Avukatlar, hakimler ve diğer hukukçular, hükümetler, uluslararası ve hükümet dışı kuruluşlar ve insan hakları savunucuları için hazırlanmıştır. Basit bir plan takip ederek, her uluslararası organın çözüm ve telafi hakkına ilişkin uygulaması ve içtihadı gözden geçirilmiştir. Hedef uluslararası organların uygulama ve içtihadına kolaylıkla erişilmesine rehberlik etmektir.

Rehber ilk olarak, özellikle ağır insan hakları ihlallerinden kaynaklanan genel sonuçlarla bağlantılı olarak, devletlerin insan haklarına saygı gösterme, koruma, güvence altına alma ve geliştirme genel ödevini hatırlatır (**Bölüm 1**). Daha sonra kimlerin telafi hakkına sahip olduğunu tanımlar: elbette telafi hakkından ilk yararlanacaklar mağdurlardır, fakat belli koşullar altında başka kişi-

¹⁰ Bazı uluslararası belgelerde yer alan uluslararası insan hakları hukukun ihlali mağdurlarının çözüm ve telafi hakkını içeren hükümler için bkz, özellikle: EİHB'nin 8. maddesi; UMSHS'nin 2. maddesi; IAOKUS'un 6. maddesi; İKS'nin 14. maddesi; ÇHS'nin 39. maddesi. Ayrıca bazı bölgesel belgelerde yer alan uluslararası insan hakları hukukun ihlali mağdurlarının çözüm ve telafi hakkını içeren hükümler için bkz, özellikle: AİHHS'nin 7. maddesi; AmİHS'nin 25. maddesi; ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 13. maddesi.

¹¹ Genel Kurul'un 60/251 (2006) sayılı kararıyla kurulmuştur. BM İnsan Hakları Konseyi önceki BM İnsan Hakları Komisyonunun yerini almıştır.

ler de telafi hakkına sahiptir **(Bölüm 2)**. Rehber daha sonra etkili çözüm (başvuru) hakkını, hızlı, eksiksiz, bağımsız ve tarafsız bir soruşturma hakkını ve hakikati öğrenme hakkını ele almaktadır **(Bölümler 3-5)**. Daha sonra ağır insan hakları ihlallerinin sonuçları, yani, devletin, eğer hala devam ediyorsa ihlali sona erdirmeye ve bir daha ihlalin gerçekleşmemesini güvence altına alma ödevi ele alınmıştır **(Bölüm 6)**. Telafi hakkının farklı boyutlarını, yani, eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon ve tatmin haklarını tanımlayan bir bölüm ile devam etmektedir **(Bölüm 7)**. Bu bağlamda telafi hakkı insan hakları ihlali faillerinin yargılanması ve cezalandırılması ödevini kapsamamakla birlikte, böyle bir ödev mağdurların giderim ve adalet hakkı ile yakından ilgili olduğundan Rehberde ele alınmıştır **(Bölüm 8)**. Cezasızlığın farklı boyutlarını oluşturan askeri mahkemelerde yargılanma, af ve benzeri uygulamalar ve uluslararası hukuktaki suçlarda zamanaşımı gibi hususlar da ele alınmıştır **(Bölüm 9)**.

Çözüm ve telafiye ilişkin bir çalışmanın eksiksiz olması için, karşılaştırmalı ulusal mevzuat ve uygulamanın da eşit derecede dikkate alınması gerekir. En kapsamlı, yaygın ve yaratıcı telafi türlerinin bazıları iç hukuk alanında geliştirilmiştir. Ancak bu gelişmelere değinmek bu çalışmanın konusu dışındadır. Ulusal mevzuatı ve uygulamayı geliştirmek için uluslararası hukuktan yararlanmak isteyen uygulayıcılara kaynak ve materyal sağlamak amacıyla Rehber, uluslararası hukuk ve uygulamaya hasredilmiştir.

1. Devletin İnsan Haklarından Kaynaklanan Ödevleri

Uluslararası insan hakları hukuku yalnızca her bireyin insan haklarını tanımakla kalmıyor, fakat aynı zamanda devletlerin kendi yetki alanlarında bulunan her bireyin insan haklarından etkili bir şekilde yararlanmasını sağlama ve güvence ya da garanti altına alma ödevini de tesis eder. Bu yükümlülük o kadar çok uluslararası insan hakları sözleşmesinde¹² yer almış ve uluslararası içtihat tarafından teyit edilmiştir ki, uluslararası teamül hukukunun bir yükümlülüğü olarak kabul edilebilir. Bu Uygulayıcı Rehberinde tanımlanan tüm yükümlülöklere yansımış olması dolayısıyla bu güvencelerin farklı boyutlarının ortaya konulması önemlidir.

İnsan haklarından etkin bir şekilde yararlanmayı sağlama ödevi, devletin uluslararası hukukta¹³ güvence altına alınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli tüm yasal ve diğer tedbirleri almasını gerektirir. Bu yükümlülük uluslararası insan hakları organları tarafından defalarca teyit edilmiştir.¹⁴ Ayrıca, Amerikalılar-arası İnsan

¹² Mesela, bkz: UMSHS m.2; USEKHS m. 2; IAOKUS m. 2; KKAOKUS m. 2; ÇHS m. 2; EKHS m. 4(1); GİAHKUS m. 7; AmeİHS m. 1; İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına ilişkin Amerikalılar-arası Sözleşme m. 1; AİHS m. 1.

¹³ UMSHS m.2(2); IAOKUS m. 2(c) ve (d); KKAOKUS m. 2(a); ÇHS m. 4; EKHS 4(1)(a); İKS m. 2(1); ZKKS m. 17(2); Ame. İHS m. 2; İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına ilişkin Amerikalılar-arası Sözleşme m. 6; Zorla Kaybedilmeye Dair Amerikalılar-arası Sözleşme m. I(d); AİHHS m.1.

¹⁴ İnsan Hakları Komitesi, Sözleşmeye Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlölüklerin Doğasına ilişkin 31. Nolu Genel Yorum, BM Bel CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004), para 12; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Taraf Devletlerin Yükümlölüklerinin Doğasına dair 3 nolu Genel Yorum, BM Bel E/1991/23 (1990), içinde para. 2-7; Suárez de Guerrero/Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi. B. no. R.11/45, BM Bel Supp No. 40 (A/37/40) at 137 (1982), para 15; Chumbivilcas (Peru), AAİHK: Dava 10.559, Report 1/96 (1996), para V(3); Loayza Tamayo Case (Telafiler), AAİHM, 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 42, para 164; Suárez Rosero Case (Telafiler), AAİHM, 20 Ocak 1999 tarihli karar, Series C No. 44, para. 97-99; X ve Y/ Hollanda, AİHM, 26 Mart 1985, Series A91, para 27; M.C./Bulgaristan, AİHM, 4 Aralık 2003, para

Hakları Mahkemesi ve Komisyonu tarafından açıklığa kavuşturulduğu gibi devletin insan haklarını uygulama ödevini tam olarak yerine getirmesi için tüm "hukuki, siyasi ve kurumsal sistemi"¹⁵ itibarıyla insan haklarını güvence altına alması ve "devlet aygıtını ve genel olarak, kamu gücü kullanan tüm yapıları, insan haklarından özgürce ve tam olarak yararlanmayı hukuki olarak sağlayacak şekilde" örgütlemesi gerekir.¹⁶

İnsan haklarından etkin bir şekilde yararlanmayı temin etme ödevi, ayrıca, devletlere çok boyutlu yükümlülükler yükler. Yukarıda belirtilen uluslararası hukukta güvence altına alınan hakları hayata geçirmek için gerekli tüm yasal ve diğer tedbirleri alma ödevine ek olarak devletin insan haklarını temin etme ödevinin dört temel bileşeni bulunmaktadır: devletin ihlalleri önleme, insan haklarına saygı gösterme, koruma ve geliştirme ödevi vardır. İnsan haklarına saygı gösterme ödevi sırasıyla, insan haklarını ihlal edecek fiillerden ve ihmallerden kaçınmayı gerektirir; koruma ödevi bireyleri haklarını kullanmalarını engelleyecek fiillerden koruma olarak anlaşılır; ve geliştirme ödevi hakların yayılması, eğitimi ve öğre-

153; Nachova ve diğerleri /Bulgaristan, AİHM Büyük Daire, 6 Temmuz 2005, para. 96-97, 102; Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, AİHM, 7 Ocak 2010, para 284; AK Bakanlar Komitesinin Kanunlar, Kanun önerileri ve idari uygulamaların AİHS ile uyumunun sağlanmasına ilişkin tavsiye kararı Rec (2004) 5, 12 Mayıs 2004; AK Bakanlar Komitesinin iç hukuktaki çözümlerin geliştirilmesine ilişkin tavsiye kararı Rec (2004) 6, 12 Mayıs 2004; Avocats sans Frontières (on behalf of Gaëtan Bwampamye) / Burundi, AİHHK, B. no. 231/99 (2000); Zimbabwe Human Rights NGO Forum / Zimbabwe, AİHHK, B.no. 245/2002 (2006), para. 190, 215; Sudan Human Rights Organisation et al. and Centre on Housing Rights and Evictions / Sudan, AİHHK, B.no. 279/03 ve 296/05 (2009), para. 147-153.

¹⁵ Chumbivilcas (Peru), Dava 10.559, Report 1/96 (1996), para V(3).

¹⁶ Velásquez-Rodríguez / Honduras davası, 29 Temmuz 1988, Series C No. 4, para 166. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komitesi; Sözleşmeye Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüklerin Doğasına ilişkin 31. Nolu Genel Yorum, BM Bel CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004), para 4; Hadri-Vionnet/İsviçre, AİHM, 14 Şubat 2008, para 56; Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe, AİHHK, B.no. 245/2002 (2006), para 147.

timi gibi tedbirlerin alınması ödevi anlamına gelir. Ayrıca, girişte belirtildiği gibi, tüm insan haklarının -bireysel hak ve özgürlüklere ilişkin maddi boyutuna ek olarak- devletin insan hakları ihlallerine karşı korumak için usulü tedbirleri alma ve yeterli çözüm sağlama ve meydana gelen ihlalleri araştırma yükümlülükleri gibi usulü bir boyutu da vardır. Mesela, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, ilk kararı olan *Velásquez Rodríguez* başvurusunda şöyle demiştir:

“Bu yükümlülüğün bir sonucu olarak, Devletler Sözleşmede tanıyan hakların her türlü ihlalini önlemeli, soruşturmalı ve faillerini cezalandırmalı ve mümkünse ihlal edilen hakkı eski hale getirmeli ve ihlalden kaynaklanan zararlar için tazminat sağlamalıdır.”¹⁷

Aynı şekilde İnsan Hakları Komitesi¹⁸, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi¹⁹, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi²⁰ ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu²¹ devletlerin şu ödevleri bulunduğunu ortaya koymuşlardır:

¹⁷ Case of Velásquez-Rodríguez v Honduras, 29 Temmuz 1988, Series C No. 4, para 166. Ayrıca bkz. Chumbivilcas (Peru), AİHK, Dava 10.559, Karar 1/96 (1996), para V(3); X ve Y/ Hollanda, AİHM, 26 Mart 1985, Series A 91, para 27; M.C./Bulgaristan, AİHM, 4 Aralık 2003, para 153;

¹⁸ Sözleşmeye Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüklerin Doğasına ilişkin 31. Nolu Genel Yorum, BM Bel CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004).

¹⁹ Bkz. Mesela, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Zorla Tahliyeler ve Yeterli Barınma Hakkına dair 7 Nolu. Genel Yorum, BM Bel HRI/GEN/1/Rev.6 at 45 (1997); Su Hakkına dair 15 Nolu Genel Yorum, BM Bel HRI/GEN/1/Rev.6 at 105 (2003).

²⁰ X ve Y/ Hollanda, AİHM, 26 Mart 1985, Series A 91, para 27; Aksoy/Türkiye, AİHM, 18 Aralık 1996, Reports 1996-VI, para 98; Opuz/Türkiye, AİHM, 9 Haziran 2009, para 128.

²¹ The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nijerya, AİHKK, B.no. 155/96 (2001), para. 44-48; Association of Victims of Post Electoral Violence and Interights / Kamerun, AİHKK, B.no. 272/2003 (2010), para. 108-110, 119.

- Hakları hayata geçirebilmek için gerekli yasal ve diğer önlemleri almak;
- İnsan hakları ihlallerini soruşturmak;
- İhlallere karşı etkili çözüm (başvuru yolları) sağlamak;
- İhlalin faillerini adalet önüne getirmek; ve
- Mağdurlar için telafi sağlamak.²²

Devletlerin sadece kendi sınırları içinde meydana gelen fiiller dolayısıyla değil, yetki kullanması veya etkili bir şekilde kontrol etmesi de dahil olmak üzere bazı belirli koşulların bulunması halinde kendi sınırları dışında gerçekleşen fiiller dolayısıyla da insan haklarından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekir.²³

1.1 Devletlerin İnsan haklarından kaynaklanan ödevlerinin nitelikleri

Devletlerin farklı yükümlülükleri *birbirlerini tamamlar nitelikte olup, birbirlerinin alternatifidir ve birbirlerinin yerini almazlar*. Hukuk dışı, keyfi ve yargısız infazlar Özel Raportörünün açıkladığı gibi: "Uluslararası hukukta devletler, yaşam hakkı ihlali iddialarını, faillerini tespit etmek, adalet önüne çıkarmak ve cezalandırmak, mağdurlara ve ailelerine tazminat sağlamak ve benzer ihlallerin ileride tekrar meydana gelmesini önlemek amacıyla kapsamlı ve tarafsız bir soruşturma yapma yükümlülüğü altındadır. Bu dört katmanlı yükümlülüğün ilk iki bileşeni insan hakları ihlallerinin önlenmesinde en caydırıcı etkiye sahiptir. Tersine, failler sorumlu tutulmayacaklarından emin olurlarsa, bu ihlallerin azalmanın devam etmesi muhtemeldir. ... Tazminat ödeme yükümlülüğü, faillerin tespitini ve cezalandırılmasını sağlama amacıyla

²² Ayrıca bkz. Telafiye dair BM Temel İlkeleri, İlke 3.

²³ İşgal Edilen Filistin Topraklarında Yapılan Duvarın Hukuki Sonuçları, (Danışma Kararı), (2004) UAD 136, para 109; Sözleşmeye Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüklerin Doğasına ilişkin 31. Nolu Genel Yorum, BM Bel CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004), para 10; Al-Skeini ve diğerleri / Birleşik Krallık, AİHM, B. no. 55721/07; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Devletlerin Sınır ötesi Yükümlülüklerine Dair Maastricht İlkeleri ve Açıklamalar, (2012) 34 Human Rights Quarterly 1084.

insan hakları ihlali iddialarının etkili bir şekilde soruşturulması yükümlülüğüne öncelikle uyulmasını gerektirir. Soruşturmaya başlamadan ya da tamamlanmadan, mağdurlara ve ailelerine maddi ya da diğer tazminat sağlanmış olması devletleri soruşturma yükümlülüğünden kurtarmaz.²⁴ Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi²⁵, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi²⁶, Afrika İnsan Hakları Komisyonu²⁷ ve İşkenceye Karşı Komite²⁸ hepsi bu yükümlülükleri benzer şekilde ifade etmişlerdir.

Devletin yükümlülükleri ayrıca mutlaktır ve herhangi bir koşula bağlı değildir: bu yükümlülükler birbirine dayalı olmadığı gibi bireysel şikâyet koşuluna da bağlı değildir. Elbette mağdurlar hakları olan telafilerden vazgeçebilirler, ancak devlet ağır insan hakları ihlallerinin faillerini soruşturma ve adalet önüne çıkarma ve söz konusu ihlallere ilişkin gerçekleri kamuoyunun bilgisine sunma yükümlülüğünden kaçınamaz. Bu devletin yalnızca ihlallerin mağdurlarına karşı bir ödevi değil, aynı zamanda bir bütün olarak topluma karşı da sorumluluğudur.²⁹ Amerikalılar-arası Mahkeme ayrıca ihlalleri soruşturma ve failleri adalet önüne çıkarma yükümlülüğünün mağdurlar haklarından vazgeçse bile ortadan kalkmadığında ısrar etmektedir. Mahkeme "hakkı ihlal edilen taraf temel haklarını ihlal eden kişiyi affetmiş olsa bile,

²⁴ Keyfi ve Yargısız İnfazlar Özel Raportörünün Raporu, BM Bel E/CN.4/1994/7 (1994), para. 688 ve 711.

²⁵ AAİHK: Karar No. 36/96, Dava 10.843 (Şili), 15 Ekim 1996, para 77; Karar No. 34/96, Dava 11.228 et al (Şili), 15 Ekim 1996, para 76; Karar No. 25/98, Dava 11.505 et al (Şili), 7 Nisan 1998, para 50. Ayrıca bkz. Garrido y Baigorria/ Arjantin (Telafiler), AAİHM, 27 Ağustos 1998, Series C No. 39, para 72.

²⁶ Hugh Jordan/Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001, para. 115, 160; Nikolova ve Velichkova/Bulgaristan, AİHM, 20 Aralık 2007, para 55; Vladimir Romanov/Rusya, AİHM, 24 Temmuz 2008, para 78, Okkali/Türkiye, AİHM, 17 Ekim 2006, para 58.

²⁷ Association of Victims of Post Electoral Violence and Interights/ Kamerun, AİHHK, B.no. 272/2003 (2010), para 109.

²⁸ Guridi/İspanya, İşkenceye Karşı Komite, B. no. 212/2002, BM Bel CAT/C/34/D/212/2002 (2005), para. 6.6-8.

²⁹ Bkz. Hakikati Öğrenme Hakkına Dair 5. Bölüm, 5.2.4. nolu başlığa ilişkin referanslar

söz konusu suçun şikâyete tabi olduğu haller dışında devletin faali cezalandırma yükümlülüğünün olduğuna” karar vermiştir. “Devletin gerçekleri araştırma ve sorumluları cezalandırma yükümlülüğü, hukuka aykırı fiilin mağdur üzerindeki sonuçlarını ortadan kaldırmaz. Aksine, bu yükümlülüğün amacı her taraf devletin, Sözleşmede tanınan hakları ve özgürlükleri kendi hukuk sistemi içinde güvence altına almaktır.”³⁰

Ayrıca, *farklı telafi yöntemleri birbirinin alternatifi değil, tamamlayıcıdır*. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen Milletlerarası Haksız Fiilden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Kuralların 34. maddesinde tam telafinin, eski hale iade, tazminat ya da tatmin yöntemlerinin “tek başına ya da bir arada” uygulanmasını gerektirebileceği belirtilmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu, bu formülün, telafi yönteminin devletin takdirine bırakılmadığını gösterdiğini, aksine telafinin belli olaylarda ancak birden fazla telafi yönteminin bir arada kullanılmasıyla sağlanabileceğini açıklığa kavuşturduğuna işaret etmiştir.³¹ BM İnsan Hakları Komisyonunun cezasızlığa ilişkin Bağımsız Uzmanı da benzer şekilde etkili bir telafi programının önemli bir özelliğinin kapsamlı olması olduğunu vurgulamıştır.³² Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlallerinin Mağdurlarının Çözüm ve Telafi Haklarına Dair BM Temel İlkeleri ve Esaslarında³³ (Bundan sonra: Telafiye ilişkin BM İlkeleri) şöyle denilmektedir; “telafi aşağıdaki yöntemleri kapsar: eski hale getirme, tazminat, rehabilitasyon, tatmin

³⁰ Garrido y Baigorria/Arjantin (Telafiler), AAİHM, 27 Ağustos 1998, Series C No. 39, para. 72.

³¹ Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devlet Sorumluluğuna İlişkin Maddeler, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilmiş ve BM Genel Kuruluna sunulmuştur BM Bel A/56/10 (2001), 34. Maddeye ilişkin Açıklamalar, para 2. Bkz. Çözüm ve Telafiye Dair BM İlkeleri, İlke 18.

³² Cezasızlığa Dair Bağımsız Çalışma, BM Bel E/CN.4/2004/88 (2004), para 60.

³³ Genel Kurulun 60/147 (2005) sayılı kararıyla Kabul edilmiştir. Bkz. İnsan Hakları Komisyonu Kararı 2005/35 (2005).

ve tekrarlamama güvenceleri".³⁴ Ayrıca, Cezasızlıkla Mücadele yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin Güncellenmiş BM İlkelerinde (bundan sonra: Cezasızlığa dair Güncellenmiş BM İlkeleri)³⁵ şöyle denilmektedir: "Telafi hakkı mağdurun uğradığı tüm zararları kapsar; eski hale getirme, tazminat ve rehabilitasyona ilişkin özel önlemleri ve uluslararası hukukun tanıdığı tatmin gibi genel önlemleri içerir."³⁶ Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası temel hukukunun tanıdığı bir hak olan telafi hakkının "diğerlerinin yanı sıra, restitutio in integrum (eski hale getirme), tazminat ödenmesi, tatmin ve tekrarlamama güvencelerini de içerdiğini" kabul etmektedir.³⁷ Uluslararası Adalet Divanı, *Avena ve diğer Meksika Vatandaşları* kararında belirttiği gibi "Neyin 'yeterli telafi' teşkil ettiği her somut olayın özgün koşullarına ve ihlalin doğasına ve konusuna bağlı olarak değişir. Zira sorun 'uğranılan zararı karşılayacak uygun telafinin' ne olduğu bakış açısıyla ele alınmalıdır."³⁸ Elbette her davada bütün telafi türlerinin bir arada sağlanması gerekmeyebilir. Özellikle, eski hale iadenin mümkün olduğu hallerde bazı durumlarda diğer telafi yöntemlerine başvurmak gerekmeyebilir. Ancak, restitutio in integrum'un mümkün olmadığı hallerde, uğranılan zararı karşılamak için diğer telafi türleri sağlanmalıdır.

Bazen, devletin insan haklarını garanti altına alma ödevi, devletin yükümlülüklerinin salt mağdurlar tarafından talep edilen hakların kullanılmasını güvence altına almanın ötesine geçmesi-

³⁴ İlke 18.

³⁵ Cezasızlığa ilişkin raporunda BM İnsan Hakları Komisyonu bu ilkelerin ulusal ve bölgesel düzeyde zaten uygulandığını belirtmiştir. Bkz: BM Bel E/CN.4/RES/2004/72 (2004), para 16; BM Bel E/CN.4/RES/2003/72 (2003), para 14; BM Bel E/CN.4/RES/2005/81 (2005), para 21.

³⁶ İlke 34.

³⁷ Loayza Tamayo Case (Telafiler), AAİHM, 27 Kasım 1998, Series C No. 42, para 85.

³⁸ Avena and other Mexican Nationals (Meksika / ABD), AAİHM, 31 Mart 2004, para 119.

ni gerektirebilir. Mesela, bir taraftan devletin ağır insan hakları ihlallerinin faillerini yargılama ve cezai olarak sorumlu tutma yükümlülüğü, diğer taraftan devletin bu ihlallerin mağdurlarına etkili bir çözüm ve telafiye ulaşmalarını sağlama ödevinden farklı ve ayrı bir yükümlülüktür ve bununla birleştirilmemelidir. Bununla birlikte, ağır insan hakları ihlallerinin faillerini soruşturmak başlı başına bir tür telafi teşkil edebilir, yani bu bir tür tatmindir ve mağdurların ve ailelerinin gerçeği öğrenme hakkına ve ihlalin tekrarlanmaması güvencesinin bir unsuru olarak cezasızlıkla mücadeleye katkıda bulunur. Ancak, bu koşullarda devletin soruşturma yükümlülüğü, mağdurların bu yönde talepte bulunup bulunmamasına bağlı olmaksızın her halükârda yerine getirilmelidir, çünkü devletin bireysel mağdurlar tarafından herhangi bir çözüm ve telafi talebinde bulunup bulunmadığından bağımsız olarak ağır insan hakları ihlali faillerini soruşturma ödevi vardır. İnsan Hakları Komitesi, devletlerin insan hakları ihlali faillerini soruşturma yükümlülüğü bulunduğuna karar vererek bu yaklaşımın doğru olduğunu kabul etmiştir.³⁹ Benzer şekilde Avrupa Mahkemesi de faillerin yargılanmasını ve cezalandırılmasını talep etmenin bireysel bir hak olmadığına karar vermekle birlikte⁴⁰, devletlerin ağır insan hakları ihlallerini cezalandıran yasalar yapmasını ve etkili bir şekilde uygulamasını gerekli görmüştür.⁴¹

Ağır insan hakları ihlali mağdurlarının üç temel hakkı vardır: *gerçeği öğrenme hakkı, adalet hakkı ve telafi hakkı*. Bu hakların hayata geçirilebilmesi, devletlerin yukarıda belirtilen farklı yükümlülükleri

³⁹ Nydia Erika Bautista/Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi B. no. 563/1993, BM Bel CCPR/C/55/D/563/1993 (1995), para 8.6, 10; José Vicente y Amado Villafañe Chaparro/Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi B. no. 612/1995, BM Bel CCPR/C/60/D/612/1995 (1997), para 8.2; Coronel ve diğerleri /Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi B. no. 778/1997, BM Bel CCPR/C/70/D/778/1997 (2000), para 10.

⁴⁰ Perez/Fransa, AİHM Büyük Daire, 12 Şubat 2004, para 70; Szula/Birleşik Krallık, AİHM, Kabul edilebilirlik kararı 4 Ocak 2007.

⁴¹ Okkalı/Türkiye, AİHM, 17 Ekim 2006, para 78, Ayrıca bkz. M.C./Bulgaristan, AİHM, 4 Aralık 2003, para 153; Siliadin/Fransa AİHM, 26 Temmuz 2005, para 89.

yerine getirmesini gerektirir: yani, insan haklarını uygulamaya geçirmek için gerekli tüm yasal ve diğer tedbirleri alma; insan hakları ihlallerini soruşturma; insan hakları ihlallerine karşı etkili çözüm ve başvuru yolları sağlama; ağır insan hakları ihlallerinin faillerini adalet önüne çıkarma; ve insan hakları ihlali mağdurlarına telafi sağlama. Gerçeği öğrenme, adalet ve telafi hakları birbiriyle bağlantılı ve birbirine bağlıdır. Aslında, insan hakları ihlallerine karşı etkili başvuru hakkı devletlerin mağdurların gerçeği öğrenme, adalet ve telafi haklarına erişimini sağlayacak etkili ve erişilebilir mekanizmalar kurmalarını gerektirir. O halde, hakikati öğrenme hakkı, devlete insan hakları ihlallerini soruşturma ve gerçeği kamuya açıklama ödevi yükler. Son olarak, adalet hakkı, insan hakları ihlallerine karşı hemen ve etkili çözüm sağlanmasını gerektirir ve devletlere cezasızlıkla mücadele etme ve failleri adalet önüne getirme ödevi yükler. Telafi hakkı, tazminat hakkı, eski hale iade, rehabilitasyon, tatmin ve tekrarlamama güvencelerini kapsar.

Bu Rehber, bu hakları birkaç bölümde ele almaktadır: sırasıyla şu hakları gerektiren adalet hakkı, etkili bir çözüm hakkı (Bölüm 3), hemen, etkili, tarafsız ve bağımsız bir soruşturma yürütülmesini isteme hakkı (Bölüm 4) ve bunun gerekleri olan hususlar, yani devletin insan hakları ihlallerini soruşturma ve failleri cezalandırma ve cezasızlıkla mücadele ödevi (Bölümler 8 ve 9); hakikati öğrenme hakkı 5. Bölümde tanımlanmıştır; telafi hakkı ve bununla yakından bağlantılı devletin ihlalleri sona erdirmeye ve tekrarlanmasını önleme ödevi sırasıyla 6. ve 7. Bölümlerde ele alınmıştır.

1.2 Devlet Sorumluluğu

Yukarıda belirtildiği ve bu rehberde başka bir yerde vurgulandığı gibi, devletler umumi hukukunun genel bir ilkesi olarak uluslararası hukuki yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanan her haksız fiil, bu haksız fiil için mukabil bir telafi ödevini ortaya

çıkartır.⁴² Uluslararası hukuk tarafından korunan temel hakların ihlali için bireylerin etkili bir başvuru ve telafi hakkına sahip olduğunun uluslararası hukuk tarafından tanınması, ilk olarak devletlerarası sorumluluk bağlamında gelişen bu ilkenin özel bir uygulamasıdır. Bu ilke pek çok uluslararası sözleşmede ve diğer belgelerde yer almıştır.⁴³

Telafi sağlama ödevi, devletin uluslararası hukuka aykırı fiillerinin hukuki sonucudur.⁴⁴ Hukuki sorumluluk doğurabilecek Devlet faaliyeti, "yasama, yürütme, yargı ya da başka bir fonksiyon icra edip etmediğine ve devletin örgütlenmesi içinde hangi

⁴² Chorzow Fabrikası davası, Yetki, DUAD, Karar No. 8, 1927, DUAD Series A, No. 17, p.29; BM Hizmetinde Uğranılan Zararlar İçin Telifler (Danışma Kararı), UAD Kararları 1949, p.184; Interpretation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif, CIJ, Recueil, 1950, p.228. Ayrıca bkz. Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemler Dolayısıyla Devlet Sorumluluğuna Dair Maddeler, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından Kabul edilmiş ve BM Genel Kuruluna sunulmuştur, BM Bel UN Doc A/56/10 (2001), Madde 1; ve Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, İlkeler 3 ve 9 ve bunlara ilişkin Hukuki Yorumlar.

⁴³ Bkz: İHEB, m. 8; UMSHS, m. 2(3), 9(5) ve 14(6); IAOKUS, m 6; ÇHS, m. 39; İKS, m. 14; ZKUS, m. 24; Uluslararası Ceza Mahkemesine dair Roma Statüsü, m. 75); AmeİHS, m. 25, 68 ve 63(1); AİHHS, m. 21(2). Ayrıca bkz: Suç ve Gücün Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Adaletin Temel İlkelerine İlişkin BM Bildirgesi; Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Telafi Haklarına Dair BM Temel İlkeleri ve Esasları; Zorla Kaybedilmeye Karşı bütün Kişilerin Korunmasına Dair BM Bildirgesi (m. 19); Hukuk dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair BM İlkeleri (İlke 20); Kadına Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair BM Bildirgesi; AK Bakanlar Komitesinin Ceza Hukuku ve Yargılamasında Mağdurun Durumuna İlişkin (85) 11 E sayılı Tavsiye Kararı (28 Haziran 1985); Terör Eylemleri Mağdurlarının Korunmasına dair Rehber İlkeler, AK Bakanlar Komitesi tarafından Kabul edilmiştir (2005); AİHHK'nın Afrika'da Adil Yargılanma ve Adli Yardım Haklarına Dair İlke ve Esasları (2003); Avrupa Birliği Konseyinin mağdurların ceza yargılamasındaki statüsüne dair Konsey Çerçeve Kararı (2001).

⁴⁴ Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemler Dolayısıyla Devlet Sorumluluğuna Dair Maddeler, UHK tarafından kabul edilmiş ve BM Genel Kuruluna sunulmuştur BM Bel A/56/10 (2001), Madde 28.

pozisyonda yer aldığına ve merkezi ya da yerel yönetim içinde yer aldığına bakılmaksızın” herhangi bir organın herhangi bir işlemi olabilir.⁴⁵ Bu, iç hukuka göre ister hukuka uygun isterse hukuka aykırı (ultra vires) olsun⁴⁶, ister işlem isterse ihmal olsun⁴⁷, herhangi bir davranışın insan hakkı ihlali teşkil edebileceği anlamına gelmektedir. Ayrıca devlet organı terimi, sadece hukuki (de jure) organları değil, aynı zamanda fiili (de facto) organları da, yani, devletin organı statüsüne sahip olmamakla birlikte, devletin kontrolü altında hareket etmeleri dolayısıyla uluslararası hukuka aykırı fiilleri dolayısıyla devletin sorumluluğuna yol açabilecek gerekli nitelikler bakımından devletin organı olarak muamele edilmesi gereken” kişileri veya kişi gruplarını da kapsar.⁴⁸

Uluslararası insan hakları hukukunda, insan hakları ihlallerinden devletin sorumluluğuna yol açan bazı durumlar vardır:

1. İnsan hakkı ihlali bir devlet organı tarafından gerçekleştirilmişse;
2. İnsan hakkı ihlali devlet organı olmayan bir aktör tarafından, fakat devlet yetkililerinin, kontrolü altında veya yetkilendirmesi, muvafakati, iş birliği ya da onayıyla gerçekleşmişse ya da devlet-dışı aktör, devlet tarafından devlet yetkilerini icra etme konusunda yetkilendirilmiş ise;⁴⁹ ve
3. Devlet ile doğrudan bağlantısı olmayan bir özel şahsın insan haklarını ihlal eden bir fiili işlemesi, fakat yine de devletin bundan sorumlu tutulabileceği bazı durumlar.

⁴⁵ Ibid, Madde 4.

⁴⁶ Ibid, Madde 7

⁴⁷ Ibid, Madde 2.

⁴⁸ Soykırım Suçunun Cezalandırılması ve Önlenmesine Dair Sözleşmenin Uygulanması (Bosna Hersek/Sırbistan ve Karadağ), UAD 26 Şubat 2007 tarihli karar, para. 391-392.

⁴⁹ Bunlar Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilerek BM Genel Kuruluna sunulan Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devlet Sorumluluğuna Dair Maddelerde ele alınan durumlardır, BM Bel A/56/10 (2001), Maddeler 5, 8, ve 11.

İlk iki durumda her halükârda devletin sorumluluğu ortaya çıkar. Üçüncü durumda ise devletin, özel şahısların insan haklarını ihlal eden fiillerine karşı herkesi korumak için gerekli özeni gösterme ödevi bulunmaktadır.⁵⁰ Özellikle bu Rehberin soruşturmalara ilişkin 4. Bölümünde görüleceği gibi, devletin, ister özel kişiler isterse devlet görevlileri tarafından işlenmiş olsun insan haklarını ihlal eden fiilleri soruşturma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Telafiye ilişkin BM ilkeleri devlet sorumluluğu kavramına dayanır. Ancak, bu ilkelerin kabulüne ilişkin müzakereler sırasında, özellikle ekonomik güç kullanan şirketler ve belli bir coğrafi bölge ve orada yaşayan insanlar üzerinde etkili bir şekilde kontrole sahip olan grup ve hareketlerle ilgili olarak devlet dışı aktörlerin sorumluluğu meselesi de tartışılmıştır. "Devlet dışı aktörlerin de kendi politika ve uygulamaları dolayısıyla devlet sorumluluğu temelinde değil, hukuki sorumluluk ve insani dayanışma temelinde, mağdurlara telafi ve giderim arama olanağı da tanıyacak şekilde sorumlu tutulması gerektiği" fikri konusunda görüş birliği bulunuyordu.⁵¹ Bu nedenle, Telafiye ilişkin BM İlkelerinin kapsamı, mağduru esas alan yaklaşım vurgulanarak, temkinli bir şekilde de olsa, devlet dışı aktörlerin de sorumluluklarını ve yükümlülüklerini içerecek şekilde genişletilmiştir. Bu bağlamda, İlke 3(c) "nihai olarak ihlalden kimin sorumlu olacağından bağımsız olarak" eşit ve etkili bir şekilde adalete erişim hakkını tanıır. Ayrıca, İlke 15'de, "bir kişi, tüzel kişi ya da başka bir teşekkülün mağdura telafi sağlamaktan sorumlu tutulduğu hallerde, söz konusu taraf mağdura telafi sağlamalı, ya da telafinin devlet tarafından sağlanmış olması halinde devlete tazminat ödemelidir" denilmektedir.

⁵⁰ Bkz. Sözleşmeye Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüklerin Doğasına ilişkin 31. Nolu Genel Yorum, BM Bel CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004.), para 8; Velásquez Rodríguez/ Honduras, AAİHM 29 Temmuz 1988 tarihli karar, Series C No. 4, para 172; Pedro Peredo Valderrama (Meksika), AAİHM, 13 Nisan 2000, para. 41 vd; X ve Y/Hollanda, AİHM, 26 Mart 1985 tarihli karar Series A No. 91, para 27; Storck/Almanya, AİHM, 16 Haziran 2005, para 101.

⁵¹ Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Telafi Hakkına Dair BM İlke ve Esasları, Theo van Boven, BM Uluslararası Hukuk OdyoVizüel Kütüphanesi, s.3, şuradan erişilebilir: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_60-147/ga_60-147_e.pdf.

Özetle, devletin insan haklarını sağlama ödevinin ağır insan hakları ihlali mağdurlarıyla ilgili olarak bazı sonuçları bulunmaktadır:

1. Devlet, insan haklarından kaynaklanan yükümlülüklerine uymasını sağlayacak tüm yasal ve diğer tedbirleri almak ve tüm yönetim aygıtına buna uygun bir şekilde örgütlemek zorundadır. Ayrıca, insan hakları ihlallerine karşı etkili çözüm sağlama; insan hakları ihlallerini soruşturma ve gerçeği ortaya çıkarma; ağır insan hakları ihlali faillerini adalet önüne çıkarma; ve mağdurlara telafi sağlama ödevi de vardır.
2. İnsan haklarını güvence altına almaya ilişkin farklı devlet yükümlülükleri birbirini tamamlayıcı niteliktedir ve birbirlerinin yerine ikame edilemezler. Aynı şekilde farklı telafi yöntemleri de genellikle birbirini tamamlayıcı niteliktedir.
3. Devletlerin insan haklarından yararlanmayı etkili bir şekilde güvence altına alma yükümlülüğü bazen bireysel hak ihlali mağdurlarının ötesine uzanabilir. Bu yükümlülükler herhangi bir koşula bağlı değildir ve mağdurlar şikayetlerini geri çekmiş olsa da yükümlülükler devam eder.
4. Ağır insan hakları ihlali mağdurlarının hakikati öğrenme hakkı; adalet hakkı ve telafi hakları vardır. Yukarıda sözü edilen, etkili başvuru ve çözüm sağlama; insan hakları ihlallerini soruşturma ve hakikati ortaya çıkarma; ağır insan hakları ihlali faillerini adalet önüne çıkarma ve mağdurlara telafi sağlamayı gerektiren devlet yükümlülükleri, hakikati öğrenme, adalet ve telafi haklarının karşılığıdır.

2. Mağdurlar ve Telafiye Hakkı Olan Diğer Kişiler

Bugün yapacak çok işim var;
Belleği kurban etmem gerek,
Yaşayan ruhumu taşa çevirmem,
Sonra kendime yaşamayı yeniden öğretmem...

Ama nasıl. Sıcak yaz hışırıyor,
Penceremin dışında bir karnaval gibi;
Uzun zamandan beri hayalini görüyorum
Parlak bir günün ve ıssız bir evin.⁵²

Bu bölümde kısaca insan hakları ihlali mağdurlarının ve telafiye hakkı olan kişilerin tanımı ele alınacaktır. İnsan hakları ihlali mağdurları ile telafiye hakkı olan diğer kişiler arasındaki ayırım bir dereceye kadar muğlaktır. Aslında, bu iki kategori çoğunlukla birbiriyle örtüşür, fakat her zaman değil; bazen insan hakkı ihlalinin doğrudan mağduru olmayan kişiler de zarar görmüş olmaları dolayısıyla telafi hakkına sahip olabilirler; bunlara bazen "dolaylı mağdur" denilmektedir.

İlaveten, bazı hallerde bir kişinin insan hakkı ihlalinin mağduru olup olmadığı açık olmayabilir. Pek çok uluslararası insan hakları belgesi "mağdur" terimini kullanmadan insan hakkı ihlali mağdurlarını işaret eder.⁵³ İnsan hakları sözleşmeleri çoğunlukla, mağdur insan hakları ihlal edilen kişilerdir kabulüyle mağdur kavramını örtülü bir şekilde varsayarlar. Örneğin, UMSHS'nin 2(3) maddesi, ve İhtiyari Protokolün 1. Maddesi, IAOKUS'un 6. Maddesi, KKAOKUS'un İhtiyari Protokolünün 2. Maddesi, İKS'nin 13. Maddesi, AİHS'in 13. Ve 34. Maddeleri ya da Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi İctüzüğünün 31. Maddesi bu şekildedir.

⁵² Anna Akhmatova, Requiem.

⁵³ UMSHS Madde 9(5); İKS Madde 14(1); Uluslararası Ceza Mahkemesine Dair Roma Statüsü, Madde 75(1) ve 85; YUCM ve RUCM Statüleri, Madde 106; İnsan Hakları Savunucuları Deklarasyonu, Madde 9(2); AİHS Madde 5(5); Amerikalılar-

Mağdur kavramı Suç ve Gücün Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri Bildirgesinde daha etraflı olarak ele alınmıştır. Bildirge *suç mağdurunu* "Üye devletlerde yürürlükte olan ceza yasalarının ve gücün kötüye kullanımını düzenleyen yasaların eylem ya da ihmal yoluyla ihlali sonucunda, bireysel veya toplu olarak fiziksel ya da psikolojik zarara uğrayan, duygusal ıstırap, ekonomik kayıp ya da temel haklarında önemli ölçüde tahribe maruz kalan kişiler" olarak tanımlamıştır (İlke 1). Bu tanım aynı zamanda 2. İlkede yer alan "eğer varsa, doğrudan mağdurun ailesi ve kendine bağlı olan kişiler ile ıstırap içindeki mağdura yardım ederken ya da mağduriyeti önlemeye çalışırken zarar gören kişileri" de kapsar. İlkeler ayrıca gücün kötüye kullanımının mağdurlarını da "ulusal ceza yasalarına aykırı olmamakla birlikte insan haklarına ilişkin tanınmış uluslararası normları ihlal eden eylem ya da ihmaller sonucunda, bireysel veya toplu olarak fiziksel ya da psikolojik zarara uğrayan, duygusal ıstırap, ekonomik kayıp ya da temel haklarında önemli ölçüde tahribe maruz kalan kişiler" olarak tanımlamaktadır (İlke 18).

Telafiye İlişkin BM İlkelerinin 8. İlkesi, Suç ve Gücün Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Temel Adalet İlkelerine Dair BM Bildirgesinin mağdur tanımını tekrarlayarak, mağdur kavramını tanımlamak için insan hakları hukukuna başvurmuştur. Tanım şöyledir:

"Bu belgenin amaçları açısından mağdurlar, ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali ya da ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlali teşkil eden eylem ya da ihmaller sonucunda, bireysel veya toplu olarak fiziksel ya da psikolojik zarara uğrayan, duygusal ıstırap, ekonomik kayıp ya da temel haklarında önemli ölçüde tahribe maruz kalan kişileri ifade eder. Eğer varsa ve iç hukuka uygun olarak 'mağdur' terimi ayrıca doğrudan mağdurun ailesi ve kendine bağlı olan kişiler ile ıstırap içindeki mağdura yardım ederken ya da mağduriyeti önlemeye çalışırken zarar gören kişileri de kapsar"⁵⁴

arası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Madde 9(1).

⁵⁴ AK Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına Dair

Uluslararası insan hakları hukukunun ağır ihlali ve uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlali mağdurlarının bu tanımının bazı boyutları vardır: mağdur zarar görmesi yönüyle tanımlanmaktadır ve bu zarar çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir; ayrıca, mağdur yalnızca ihlalin doğrudan hedefi olan kişiyle sınırlı değildir, aynı zamanda ihlalden doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenen herkestir; son olarak mağdur tek bir kişi olabileceği gibi birkaç kişi de olabilir.

Bu ölçütler, insan hakları içtihadı ve uygulamasından türetilmiş olan ilkeleri yansıtır. Pek çok halde tartışmalı bir durum olmaması dolayısıyla mağdur kavramına ilişkin çok az içtihat bulunmakla birlikte, uluslararası insan hakları organları yine de kavramı belli ölçüde açıklığa kavuşturmuştur.

Ancak yine de insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda bazı otoritelerin doğrudan ve dolaylı mağdur kavramları arasında yapılan ayrımın taraftar olmadıklarının altı çizilmelidir. Örneğin, Zorla ya da İrade dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, şöyle demiştir: "Telafi programları geniş ve kapsayıcı bir 'mağdur' tanımı kullanılmalı ve doğrudan ve dolaylı mağdurlar arasında ayrım yapılmamalıdır. Kapsayıcı bir tanım, kaybedilmenin doğrudan sonucu olarak eşsiz bir ıstıraba maruz kalmaları dolayısıyla kaybolan kişilerin aile üyelerini de mağdur olarak tanımalıdır."⁵⁵

Rehber İlkelerinin II(5) Bölümü benzer hükümler içerir.

⁵⁵ Zorla ya da İrade Dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, Zorla kaybedilmelerden etkilenen kadınlara ilişkin Genel Yorum, BM Bel A/HRC/WGEID/98/82 (2012), para. 38.

2.1 “Doğrudan” ve “dolaylı” mağdur kavramları ve telafiye hakkı olan kişiler

Uluslararası Sözleşmeler ve diğer hukuki belgeler

Yukarıda sözü edildiği gibi, Telafiye İlişkin BM İlkelerinin 8. İlkesinde “mağdur” kavramı yalnızca doğrudan mağdurları değil, dolaylı mağdurları da kapsamaktadır: “Eğer varsa ve iç hukuka uygun olarak ‘mağdur’ terimi ayrıca doğrudan mağdurun ailesi ve kendine bağlı olan kişiler ile ıstırap içindeki mağdura yardım ederken ya da mağduriyeti önlemeye çalışırken zarar gören kişileri de kapsar”. Benzer şekilde, Zorla Yerinden Edilen Şahısların Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmenin 24. Maddesi mağduru “kaybedilen şahıs ve zorla kaybedilme sonucu doğrudan zarar gören her kişi” şeklinde tanımlamaktadır. Bu özellikle ölüm ve zorla kaybedilme olaylarına ilişkin uluslararası hukuk uygulamasını yansıtmaktadır. Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin AK Rehberinin 5. İlkesi mağduru “ciddi bir insan hakkı ihlalinin neden olduğu fiziksel ya da psikolojik travma, duygusal ıstırap ya da ekonomik kayıp dahil olmak üzere zarara uğrayan gerçek kişi” olarak tanımlar. “‘Mağdur’ terimi ayrıca, uygun hallerde, doğrudan mağdurun yakın ailesini ve bakmakla yükümlü olduğu kişileri de kapsar”.⁵⁶

Ancak, belirtmelidir ki bütün uluslararası ve bölgesel insan hakları sistemlerinde insan hakları ihlali mağduru ile telafiye hakkı olan kişi tanımları tam olarak örtüşmemektedir. Aslında, bazı durumlarda bir kişi mağdur olarak nitelenmezken yine de zarara uğramış ve telafi hakkına sahip olabilir. Ayrıca, zarara uğrayan kişi bir sistemde mağdur kabul edilirken, diğer bir sistemde mağdur olarak görülmeyebilir, fakat her iki sistemde de telafi hakkına sahip olabilir. Başka bir deyişle: mağdur kavramı, telafiye hakkı olan kişiler kavramından daha dar kapsamlı olabilir. Bu, telafi etme yükümlülüğü ile ilgili olarak “mağdurlar”dan değil, “zarara uğrayan taraf”

⁵⁶ AK Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Rehber İlkeler, İlke 6.

tan söz eden AİHS'in 41. ve AmeİHS'in 63. maddelerinde görülebilir. Bu farklılık, mağdur kavramını telafiye hakkı olan kişiler bakış açısıyla tanımlayan, bu nedenle de mağdur kavramının geniş tanımını benimseyen Telafiye İlişkin BM İlkelerinin 8. İlkesine yansımamıştır. Belge bir bütün olarak ele alındığında V. İlkenin kimlerin telafiye hakkı olduğunu tanımlamaya çalıştığı anlaşılmaktadır. Taraf devletlerin, işkence ve İşkenceye Karşı Sözleşmenin 14. Maddesinde yasaklanmış diğer kötü muamelelerin mağdurlarına telafi sağlama yükümlülüğüne ilişkin olarak, İşkenceye Karşı Komite, Telafiye İlişkin BM İlkelerinin 8. İlkesinde benimsenen geniş mağdur tanımını kabul etmiştir.⁵⁷

Pek çok uluslararası sözleşme, mağdur kavramını açıkça tanımlamadan basitçe ihsan hakkı ihlali "mağdurları"ndan söz eder.⁵⁸ Ancak, bazı sözleşmeler daha açık bir şekilde kimlerin telafi hakkına sahip olduğunu tanımlar. Örneğin, ILO'nun 1989 tarih ve 169 sayılı Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi'nin 16/4 maddesi "toprağından edilmiş halklar"ın telafi hakkını güvence altına alırken, aynı Sözleşmenin 16/5 maddesi "yeniden yerleştirilen kişiler"e bu hakkı tanıır. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesinin 21/2 maddesi refahı ve doğal kaynakları sömürülmüş "mülksüz halk"tan söz eder.

Yargısal Uygulamalar

Zorla kaybedilme davalarında, telafiye hakkı olanların kaybedilen kişilerin yakınlarını da kapsadığı konusunda uluslararası standartlar ve yargısal uygulamalarda şüphe yoktur. Bütün Şahısların Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına İlişkin Bildirgenin 19. maddesi mağdurların, aile üyelerinin ve bakmakla yükümlü oldukları kişile-

⁵⁷ İşkenceye Karşı Komite, 14. Maddenin taraf Devletlerce uygulanmasına dair 3 Nolu Genel Yorum, BM Bel CAT/C/GC/3 (2012), para 3.

⁵⁸ UMSHS Madde 9(5); İKS Madde 14(1); Uluslararası Ceza Mahkemesine Dair Roma Statüsü, Madde 75(1) ve 85; YUCM ve RUCM Statüleri, Madde 106; İnsan Hakları Savunucuları Deklarasyonu, Madde 9(2); AİHS Madde 5(5); Amerikalıların İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Madde 9(1).

rin telafi hakkını tanır. Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporunda "kaybedilmeden kurtulan mağdurlara ek olarak, ailelerin de kayıp süresince çektikleri ıstırap dolayısıyla tazminata hakları olduğunu, ayrıca mağdurun ölümü halinde de bakmakla yükümlü olduğu kişilerin tazminata hakları olduğunu" belirtmiştir.⁵⁹ Aynı şekilde, BM İnsan Hakları Komisyonu da zorla ya da irade dışı kaybedilmelere ilişkin kararında aile üyelerinin telafi haklarını teyit etmiştir.⁶⁰

İnsan Hakları Komitesi *Almeida de Quinteros* kararında kaybedilen kişinin annesinin kendisinin UMSHS'nin 7. maddesinde güvence altına alınmış olan işkence, zalimane ve gayriinsani ya da aşağılayıcı muamele yasağının mağduru olduğuna karar vermiştir.⁶¹ Komite zorla kaybedilmelere ilişkin diğer davalarda da benzer yönde kararlar vermiştir.⁶² Komite ayrıca yasadışı öldürmeler gibi ağır insan hakları ihlallerinin de doğrudan ve dolaylı mağdurlarda eşit derecede ıstıraba neden olacağına karar vermiştir.⁶³

⁵⁹ Zorla ya da İrade Dışı Kaybolmalar Çalışma Grubu, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Deklarasyonunun 19. Maddesine Dair Genel Yorum, BM Bel E/CN.1/1998/43 (1998), para 72; ve Zorla Kaybedilmeden etkilenen kadınlara dair Genel Yorum BM Bel, A/HRC/WGEID/98/82 (2012), para 38.

⁶⁰ BM Bel, E/CN.4/RES/2003/38 (zorla ya da irade dışı kaybedilmeler), para 4(e); E/CN.4/2002/41, para 4(e); E/CN.4/2001/46, para 4(e); E/CN.4/2000/47, para 4(e); E/CN.4/1999/38, para 4(e).

⁶¹ Almeida de Quinteros et al / Uruguay, İnsan Hakları Komitesi Kararı 107/1981, BM Bel CCPR/C/OP/2 at 138 (1990), paras 14, 16.

⁶² Celis Laureano / Peru, İnsan Hakları Komitesi Kararı 540/1993, UN Doc CCPR/C/56/D/540/1993 (1996), para 10 [mağdur ve aile]; Sarma / Sri Lanka, İnsan Hakları Komitesi Kararı 950/2000, BM Bel CCPR/C/78/D/950/2000 (2003), para 11 [mağdur ve aile]; Coronel et al./ Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi Kararı 778/1997, BM Bel CCPR/C/76/D/778/1997 (2002), para 10 [akrabalar], Sharma / Nepal, İnsan Hakları Komitesi Kararı 1469/2006, BM Bel CCPR/C/94/D/1469/2006 (2008), para 9 [mağdur ve aile].

⁶³ Suárez de Guerrero / Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi Kararı 45/1979, BM bel CCPR/C/15/D/45/1979 (1982), para 15 [karısının ölümü dolayısıyla kocaya tazminat]; John Khemraadi Baboeram et al. / Surinam, İnsan Hakları Komitesi Kararı 146/1983 and 148 to 154/1983, BM Bel Supp No. 40 (A/40/40) at 187 (1985), para 16 [yaşayan aile fertleri]; Nydia Erika Bautista / Kolombiya, İnsan

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, sadece zorla kaybedilme vakalarında⁶⁴ değil, aynı zamanda yasadışı öldürme⁶⁵ ve mağdurun kaybedilmediği ya da öldürülmediği diğer ağır insan hakları ihlallerinde⁶⁶ de eşler, ana babalar, üvey ana babalar, üvey kardeşler, yarı kardeşler, çocuklar ve mağdurun evlenmeden birlikte yaşadığı kişiler (yani, mağdurun duygusal ilişki yaşadığı kişiler) de dahil olmak üzere yakınlar için telafiye hükmetmiştir. Yakınların ya da diğer üçüncü kişilerin kendi hakları dolayısıyla telafiye hükmetmek için Amerikalılar-arası Mahkeme bazı ölçütler geliştirmiştir: ilk olarak, talep edilen ödeme, herhangi bir yasal yükümlülüğe dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın mağdur tarafından başvurucuya düzenli olarak yapılan ödemelere dayalı olmalıdır; ikinci olarak, başvurucu ile mağdur arasındaki ilişkinin doğası, eğer mağdur öldürülmemiş olsaydı ödeme yapmaya devam edeceğini varsaymak için temeller olduğunu gösterecek nitelikte olmalıdır; üçüncü olarak, mağdurun yaptığı ödemelerin başvurunun mali ihtiyacına dayanıyor olması gerekir.⁶⁷ Amerikalılar-arası Mahkeme, bu ölçütlerin doğrudan mağdurun ana babası ile çocukları bakımından gerçekleştiğini varsaymakta, ve dolaylı mağdurlar açısından bu ölçütlerin karşılanmasını aramaktadır.⁶⁸ Daha yakın

Hakları Komitesi Kararı 563/1993, BM Bel CCPR/C/55/D/563/1993 (1995) [aile]; Giri / Nepal, İnsan Hakları Komitesi Kararı 1761/2008, BM Bel CCPR/C/101/D/1761/2008 (2001), para 9 [kocanın gözaltında tutulması dolayısıyla kocaya, karısına ve çocuklarına tazminat].

⁶⁴ Velásquez Rodríguez / Honduras (Zararların tazmini), AAİHM, 21 Temmuz 1989, Series C No. 7, para. 50-52; Garrido and Baigorria / Arjantin (Telafiler), AAİHM, 27 Ağustos 1998, Series C No. 39, para. 62, 63; Blake Case / Guatemala, AAİHM, 22 Ocak 1999, para 37; Bámaca Velásquez / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Şubat 2002, Series C No. 91, para. 33-36.

⁶⁵ Aloboetoe / Surinam (Telafiler), AAİHM, 10 Eylül 1993, Series C No. 15, para 71; Panel Blanca / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 25 Mayıs 2001, Series C No. 76, para. 85-86; Street Children Case / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 26 Mayıs 2001, Series C No. 77, para 68; Juan Humberto Sánchez / Honduras, AAİHM 7 Haziran 2003, Series C No. 9, para 152.

⁶⁶ Aloboetoe / Surinam (Telafiler), AAİHM, 10 Eylül 1993, Series C No. 15, para. 67, 68.

⁶⁷ Aloboetoe / Surinam (Telafiler), AAİHM, 10 Eylül 1993, Series C No. 15, para. 67, 68.

⁶⁸ Velásquez Rodríguez / Honduras (Zararların Tazmini), AAİHM, 21 Temmuz

tarihli kararlarda, Mahkeme bu varsayımın mağdurun kardeşleri ve eşleri/birlikte yaşadığı kişiler bakımından da geçerli olduğuna hükmetmiştir.⁶⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de mağdurun aile üyelerinin ya kendi hakları dolayısıyla ya da AİHS'in 41. Maddesi anlamında zarara uğrayan taraf olarak, telafiye hakları olduğuna karar vermiştir. *Kurt/Türkiye* kararından beri Mahkeme, eğer bu kişilerin çektiği ıstırap, ağır insan hakları ihlali mağdurunun yakınlarının kaçınılmaz olarak yaşadığı duygusal üzüntünün ötesinde ve farklı ise kaybedilen kişilerin yakınlarının kendilerinin Sözleşmenin 3. Maddesinde yer alan işkence ve gayri insani ya da aşağılayıcı muamele yasağının mağduru olduğuna hükmetmektedir.⁷⁰ Yakınlara verilen zararı değerlendirmek için Mahkeme, aile bağının yakınlığı, ilişkinin özel koşulları, aile üyesinin söz konusu olaylara tanık olma derecesi, aile üyesinin kaybolan kişi hakkında bilgi alma çabalarına katılma düzeyi, ve yetkililerin bu taleplere cevap verme biçimi gibi

1989, Series C No. 7, para. 50-52 [manevi zarar] ve para. 27 [hakkaniyet esasına dayalı olarak]; *Blake Case / Guatemala (Telafiler)*, AAİHM 22 Ocak 1999, para. 37 [kanıtlarda herhangi bir farklılık olmaksızın kaybolan kişinin anne-babası, ve kardeşleri]; *Garrido and Baigorria / Arjantin (Telafiler)*, AAİHM, 27 Ağustos 1998, Series C No. 39, para. 62-63 [herhangi bir ilave kanıt olmaksızın anne, kardeşleri manevi zararlarının büyük olduğun konusunda kaybolan kişi ile aralarında yakın ilişki bulunduğunu gösterememişlerdir]; *Bámaca Velásquez / Honduras (Telafiler)*, AAİHM, 22 Şubat 2002, Series C No. 91, para. 33-36 [anne-baba, karısı ve çocukları; devamlı ve etkili bir bağımlılık ilişkisi bulunması halinde diğer yakınları ya da üçüncü kişiler, eğer mağdur olmamış olsaydı söz konusu kişilere yardım etmeye devam edeceğinin ve mağdur tarafından yapılan ekonomik yardıma kişilerin ihtiyacının devam ettiğinin gösterilmesi halinde].

⁶⁹ *Blake/v Guatemala (Telafiler)*, AAİHM, 22 Ocak 1999, para. 37 [herhangi bir ilave kanıt olmaksızın kaybolan kişinin anne-babası ve kardeşleri]; *Loayza Tamayo / Peru (Telafiler)*, AAİHM, 27 Kasım 1998, Series C No. 42, para 92 [yakın aile bağları bulunan tüm şahıslar, örneğin, çocuklar, anne-babalar ve kardeşler]; *Juan Humberto Sánchez v/ Honduras, (Telafiler)*, AAİHM, 7 Haziran 2003, Series C No. 99, para 152 [mağdurun aile üyeleri ve kendi hakları olarak; kardeşler; üvey baba; karı ve diğer partner]; *Case of 19 Merchants / Kolombiya, AAİHM, Temmuz 2004, Series C No. 109, para 249* [çocuklar, partnerler, anne-babalar ve kardeşler].

⁷⁰ *Kurt /Türkiye, AİHM, 25 Mayıs 1998, Reports 1998-III, para 174.*

bazı unsurları göz önüne almaktadır. Mahkeme, durum bilgilerine sunulduğu zaman yetkililerin gösterdiği tepkilere ve davranışlarına özellikle dikkat etmektedir. Özellikle buna bakarak kaybedilen kişinin yakınının, kamu otoritelerinin davranışlarının doğrudan mağduru iddiasında bulunabileceklerini kabul etmektedir.⁷¹

Avrupa Mahkemesi bir kimseyi mağdur olarak nitelendirmese bile, bu kişiyi Sözleşmenin 41. Maddesi anlamında zarara uğrayan taraf olarak kabul edebilir. *Aksoy/Türkiye* davasında Mahkeme, mağdurun babasına yalnızca oğlunun acısı dolayısıyla değil, her ne kadar bu yönde ihlal bulmamış olsa da, aynı zamanda kendi çektiği ıstırap dolayısıyla da adil tatmine hükmetmiştir.⁷² “Mağdur” kavramı ile “telafiye hakkı olan kişi” kavramı arasındaki muhtemel fark *Çakıcı/Türkiye* ve *Aktaş/Türkiye* davalarında açıklığa kavuşmaktadır. Mahkeme, yakını kaybedilmiş olan kişinin Sözleşmedeki haklarının ihlal edilmediğini tespit etmiş olsa da, “bu kişinin Mahkemenin tespit ettiği ihlalden etkilendiği kuşkusuz olup, Sözleşmenin 41. Maddesi açısından ‘zarara uğrayan taraf’ olarak kabul edileceğine” karar vermiştir.⁷³ Mahkeme, “ihlalin ağırlığını ve hakkaniyet esasını gözeterek” başvurucular lehine manevi tazminata hükmetmiştir. Mağdurun zarara uğrayan taraf olarak kabul edilen yakınları kavramı dolaylı mağdur kavramına benzetilebilir.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu da zorla kaybedilen ve yasadışı öldürülen mağdurların dullarına ve hak sahibi yakınlarına “telafi edici tazminat” ödenmesini de önermiştir.⁷⁴

⁷¹ Orhan /Türkiye, AİHM 18 Haziran 2002, para 358; *Çakıcı /Türkiye*, AİHM, 8 Temmuz 1999, Reports 1999-IV, para 98, *Koku /Türkiye*, AİHM, 31 Mayıs 2005, para 170.

⁷² *Aksoy /Türkiye*, AİHM, 18 Aralık 1996, Reports 1996-VI, para 113

⁷³ *Çakıcı / Türkiye*, AİHM, 8 Temmuz 1999, Reports 1999-IV, para 130; *Aktaş / Türkiye*, AİHM, 24 Nisan 2004, para 364.

⁷⁴ *Malawi African Association et al / Moritanya*, AİHHK Kararları 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98 (27. Olağan Oturum, Mayıs 2000), Tavsiyeler; *Association of Victims of Post Electoral Violence and Interights / Kamerun*, AİHHK Kararı, 272/2003 (47. Oturum, Mayıs 2010), Tavsiyeler, para 138.

Özetlemek gerekirse, telafiye hakkı olan kişiler hem doğrudan hem de dolaylı mağdurlar olabilir:

- İhlalin doğrudan mağdurları kendileri, ve
- Doğrudan mağdur olmayan, fakat ihlalin sonucu olarak fiziksel, psikolojik ya da ekonomik zarara uğrayan, mağdurun aile üyeleri gibi diğer kişiler.

2.2 Uğranılan Zarar Kavramı

Telafiye İlişkin BM İlkeleri telafiye -etkili bir çözüm (başvuru yolu) sağlama ödevi ve özelliklede mağdurlara telafi sağlama ödevi de dahil olmak üzere⁷⁵- yalnızca ağır insan hakları ihlalleriyle ilgili olarak ele almaz; aynı zamanda tüm uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri için telafi sağlama yükümlülüğüyle ilgili genel ilkeleri açıklığa kavuştururlar. Aslında uluslararası bir yükümlülüğün ihlalden kaynaklanan telafi sağlama ödevi, sonuçlarından bağımsız bir şekilde, salt olarak ihlalin işlenmesinden kaynaklanır. Devletin sorumluluğu doğrudan, uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlali de olabilen, uluslararası hukukun ihlalden doğar. Bu, Uluslararası Hukuk Komisyonunun, Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerinin 1. maddesinde kodifiye edilen hukukun genel bir ilkesidir. Madde şöyledir: "bir devletin her uluslararası haksız fiili, o devletin uluslararası sorumluluğuna yol açar".

⁷⁵ Çözüm ve Telafiye İlişkin BM ilkelerinin 3. İlkesine göre, Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna, saygı gösterme, saygıyı güvence altına alma ve uygulamaya yükümlülüğü, diğerlerinin yanı sıra, mağdurlara telafi de dahil olmak üzere etkili çözüm sağlama ödevini de kapsar (bkz. İlke 3(d)).

Telafi ise bir zarara uğranılmış olmasına bağlıdır. İnsan haklarının temel olma niteliği ve bir kişinin refahının ve iyiliğinin korunmasının minimum standardını oluşturduğu göz önüne alındığında, her insan hakkı ihlali, mağdurların zarara uğramasına yol açar, en azından mağdurlar haksızlığa uğrarlar. İnsan hakları ihlallerinin mağdurların zarara uğramasına neden olduğu, en azından haksızlığa uğramalarına yol açtığı anlayışı, Telafiye İlişkin BM İlkelerinin 8. İlkesinin formülasyonunun temelini oluşturur. Bu ilke mağdurlar terimini tanımlarken bunları zarara uğrayanlar olarak nitelemiş ve 'zararı' "fiziksel ya da psikolojik yaralanma, duygusal ıstırap, ekonomik kayıp ve *temel haklarda ... esaslı bir bozulma*" (vurgu eklenmiştir) şeklinde ifade etmiştir. Zarar sorunu, telafi hakkı ve telafi yöntemleri bakımından hayati öneme sahiptir, çünkü sağlanacak telafinin uğranılan zarar ile orantılı olması ve uğranılan zararı ortadan kaldırması gerekir. Ağır insan hakları ihlali vakalarında zararın gerçekleştiği varsayılmalıdır.

Özetle, telafiye hakkı olan şahıslar, ihlalin sonucu olarak zarara uğrayan kişilerdir. Zarar, fiziksel, psikolojik ya da ekonomik nitelikte olabilir. Aynı zamanda kişilerin temel haklarının bozulmasından da zarar doğabilir. Ağır insan hakları ihlali vakalarında zararın gerçekleştiği varsayılmalıdır.

2.3 'Kolektif mağdurlar', 'kolektif haklar' ve 'kişi gruplarının' hakları kavramları

Uluslararası insan hakları hukuku gerçek kişilerin bireysel ya da kolektif olarak insan hakları ihlallerinin mağduru olabileceklerini kabul eder. Suç ve Gücün Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Adaletle İlişkin Temel İlkeler Bildirgesine göre, mesela, 'mağdur' kavramı diğerlerinin yanı sıra kolektif olarak zarara uğrayan şahısları da kapsar. Uluslararası hukuk, uğranılan her zararın kapsamı ve boyutunu göz önüne alarak ister bireysel, ister toplu isterse hem bireysel hem de toplu zarara uğrama durumunda, mağdurların

uğradığı her zarar için telafinin bireysel veya uygun olduğu durumlarda toplu olarak, ya da her ikisinin bir arada sağlanmasına olanak tanır.⁷⁶

Ayrıca, bir taraftan bireysel haklar, gerçek kişi bireylere ait ve bireylerin kendi adına ileri sürebileceği haklar iken, diğer taraftan gelişme hakkı, kendi kaderini tayin hakkı gibi kolektif haklar insan gruplarına aittir ve bu nedenle toplu olarak ileri sürülebilir.

İlaveten, uluslararası hukuk bireylerin bazı haklarını toplum içinde diğerleriyle birlikte kullanma hakkını tanır.

Uluslararası Sözleşmeler ve diğer hukuki belgeler

Kolektif Mağdurlar

Suç ve Gücün Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Adalete İlişkin Temel İlkeler Bildirgesinde kolektif mağdurlardan iki yerde söz edilerek (İlke 1, suç mağdurlarının tanımı; ve İlke 18, gücün kötüye kullanımı mağdurlarının tanımı) kişilerin kolektif olarak zarara uğrayabileceği ve temel haklarında bozulma yaşayabileceği kabul edilmiştir. Bu formülasyonlar Telafiye ilişkin BM İlkelerinin hazırlık sürecinde bilgiye sunulmuştur. Belgede şöyle bir not yer almaktadır: “Çağdaş mağduriyet biçimleri, esasen kişilere yönelmiş olmakla birlikte, yine de toplu olarak hedef alınan insan gruplarına da yönelmiş olabilir”.⁷⁷

Kolektif haklar

Bazı uluslararası sözleşmeler ve bildirgeler bireylerin yanı sıra grupları da hak sahibi olarak kabul ederler, örneğin, Yerel Halkların

⁷⁶ Bkz., mesela, UCM Usul ve Delillere ilişkin İÇtüzük, madde 97.

⁷⁷ Telafiye İlişkin BM İlkeleri, başlangıç 9. Para. ve İlke 8.

Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Bildirgesi.⁷⁸ Bu belgelerde yer alan iki temel "grup" "halklar" ve "yerli halklardır".

"Halkların" hakları, "tüm halklar kendi kaderini tayin hakkına sahiptir" kuralını içeren UMSHS ve UESKHS 'in 1. maddelerinde tanınmıştır. Sömürge Ülkelerin ve Halkların Bağımsızlıklarının Tanınmasına Dair Bildirge⁷⁹ ve "doğal kaynaklar üzerinde daimî egemenlik" konusundaki BM Genel Kurulu kararı gibi diğer belgeler, "halkları" hak süjesi olarak tanıır.⁸⁰

Kolektif haklar anlayışı, aynı zamanda Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın kökeninde yatan temel kavramdır. Şartın 21/2 maddesi şöyledir: "Gasp edilme hallerinde, mülksüz kalan halkın mallarını hukuki olarak geri kazanma hakkının yanı sıra yeterli tazminat alma hakkı da vardır." Afrika İnsan Hakları Komisyonu kararlarında bu hakkın Komisyon önünde başvuru konusu yapılabileceği ve "uygulanacağı" açıklığa kavuşturulmuştur.⁸¹

"Yerli halklarla" ilgili olarak, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1989 tarihli ve 169 sayılı Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi doğal kaynaklar konusunu düzenleyen 15. maddesinde yenilikçi bir hüküm içermektedir. Eğer devlet, yerli ve kabile halkların toprağında yer alan doğal kaynakları kullanıyorsa: "İlgili halklar mümkün olan her durumda bu faaliyetlerin nimetlerine katılacak ve bu faaliyetler sonucu uğrayabilecekleri zararlar için adil tazminat alacaktır." Bu madde açık bir şekilde "halklara" tazminat hakkı tanımaktadır.

⁷⁸ Yerli Halkların Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Deklarasyonu, Genel Kurulun 61/295 (2007) nolu kararıyla Kabul edilmiştir.

⁷⁹ Genel Kurul kararı 1514 (XV) (1960).

⁸⁰ Genel Kurul kararı 1803 (XVII) (1962).

⁸¹ The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nijerya, AİHHK Kararı 155/96 (2001), para 68.

İnsan Gruplarının Hakları

“Kolektif bir varlık olarak grup” haklarından farklı bir kavram “bi-rey gruplarının” haklarıdır. Bu son formülasyon, gelişme hakkı ve kendi kaderini tayin hakkı gibi grup haklarına değil, fakat grup içindeki her bireyin haklarına atıf yapması bakımından yanıltıcıdır. Benzer formülasyonlar azınlık haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ve bildirgelerde yer almaktadır. Ulusal, Etnik, Dini ve Dilsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Haklarına Dair Bildirgenin 3/1 maddesi şöyledir: “Azınlıklara mensup kişiler, bu Bildirgede yer alanlar da dahil olmak üzere haklarını bireysel ya da kendi grubuna mensup diğer kişilerle birlikte toplu olarak herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmaksızın kullanabilirler.” Azınlıkların Korunmasına Dair Avrupa Çerçeve Sözleşmesinin 3/2. Maddesi benzer bir hüküm içermektedir. Son olarak, UMSHS’nin 27. Maddesi azınlıklara mensup kişilerin haklarını “kendi grubuna mensup diğer kişilerle toplu olarak” kullanma haklarından söz etmektedir. İnsan Hakları Komitesi, İhtiyari Protokolde düzenlenen bireysel başvuru usulü, UMSHS’nin 1. Maddesinde yer alan grubun kendi kaderini tayin hakkının ihlal edildiğine dair iddialarda uygulanmamasına rağmen, bu hükme dayanarak yerel halkların taleplerini, bu kapsamda kabul etmiştir.⁸²

Yargısal Uygulama

Uluslararası yargısal uygulama gruplara karşı işlenen insan hakları ihlali meselesini ele almıştır.

Amerikalılar-arası Mahkeme ve İnsan Hakları Komisyonu yerli halkların, insan hakları ihlali mağduru konumunda olduğu başvuruları incelemiş ve karara bağlamışlardır. Bir yerli toplumun bazı üyele-

⁸² Lubicon Lake Band / Kanada, İnsan Hakları Komitesi Kararı 167/1984, BM Bel CCPR/C/D/167/1984 (1990), para 32.1-32.2; Mahuika et al /Yeni Zelanda, İnsan Hakları Komitesi Kararı 547/1993, CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), para 9.2.

rinin katledilmiş olduğu Caloto katliamı davasında, Amerikalılar-arası Komisyon tüm topluluğa bazı "sosyal telafilerin" sağlanmasını önermiştir.⁸³ Aynı yaklaşımı benimseyen Amerikalılar-arası Mahkeme, *Plan de Sánchez Massacre* davasında devletin etkilenen toplulukların yararına kalkınma programları⁸⁴ uygulamasını emretmiştir. *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community* davasında başvurucular, topluluk mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri süren ve yargısal koruma talep eden belirsiz sayıda şahıstan oluşan bir "topluluk" idi. Amerikalılar-arası Mahkeme, söz konusu hakların ihlal edildiğine karar verdikten sonra devletin kendi iç hukukunda "yerel toplulukların kendi örfi hukuklarına, değerlerine, geleneklerine ve adetlerine uygun olarak mülklerinin sınırlandırılması, hudutlarının belirlenmesi ve sahipliğinin tespiti için gerekli tedbirleri alması gerektiğine" ve "Mayagna (Sumo) Awas Tingni Topluluğunun üyelerinin topraklarına ilişkin sınırlama, hudutları belirleme ve sahipliği tespit etme işlemlerini yerine getirmesini" ve "manevi zararların karşılığı telafi olarak 12 ay içinde, Mayagna (Sumo) Awas Tingni Topluluğu ile ortak bir anlaşma yaparak, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonunun gözetiminde topluluğun ortak yararına hizmet ve işler için, toplam 50.000 ABD Doları tutarında yatırım yapmasına" hükmetmiştir.⁸⁵ Atalarına ait topraklara erişim hakkı tanınmayan yerinden edilmiş yerli toplulukların talepleriyle ilgili daha sonraki davalarda Amerikalılar-arası Mahkeme bu içtihadını tekrarlamış ve daha da geliştirmiştir. İlk olarak, Devlet yerli topluluğun ortak toprağına sahip olma hakkının etkili bir şekilde uygulanması için gerekli tüm tedbirleri almalıdır. İkinci olarak, Devlet, topluluğun üyeleri topraksız kaldığı sürece bunlara temel hizmetleri ve maddeleri sağlamalıdır. Üçüncü olarak, topluluk yararına bir kalkınma fonu oluşturulmalıdır.⁸⁶ Amerikalılar-

⁸³ AAİHK, Report No. 36/00, Case 11.10, "Caloto Massacre" (Kolombiya), 13 Nisan 2000, para. 23, 28, 75(3).

⁸⁴ The Plan de Sánchez Massacre Case, AAİHM, 19 Kasım 2004, Series C No. 105, para. 110, 125.

⁸⁵ The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community Case, AAİHM, 31 Ağustos 2001, Series C No. 79, para 173(3), (4) ve (6).

⁸⁶ The Yakye Axa Indigenous Community Case, AAİHM, 17 Haziran 2005, Series C No. 125, para. 242(6), (7), (9); The Sawhoyamaxa Indigenous Community

arası Mahkeme, Afrikalı kölelerin torunları olan kabileler gibi yerli olmayan toplulukların, topluluk hakları açısından da aynı ilkelerin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.⁸⁷ Bu nedenle, Amerikalılar-arası Mahkeme, bir grubun (topluluk) haklarının ihlal edilebileceğini ve bu ihlaller için telafinin ortak yararı hedefleyen iş ve hizmetlerden oluşabileceğini kabul etmiştir. *Kichwa Indigenous People of Sarayaku* davasında Amerikalılar-arası Mahkeme, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 63/1 maddesinin amaçları bakımından, daha önceki davalarda olduğu gibi topluluk üyelerini değil⁸⁸, ilk defa Sarayaku'nun Kichwa yerel halkını açıkça zarara uğrayan taraf olarak tanımıştır⁸⁹. Atalarının toprakları üzerindeki petrol imtiyazlarının, önceden müzakere edilmeden tanınmış olması sonucu bir dizi topluluk haklarının ihlal edilmesine yol açmıştır. Sonuç olarak, Amerikalılar-arası Mahkeme, Devletin "Sarayaku Halkının topraklarında yüzeyde bulunan ve gömülü haldeki tüm pentolitleri çıkarmak"⁹⁰ ve Sarayaku halkının topraklarında herhangi bir faaliyette bulunmadan ya da doğal kaynakların çıkarılmasına ilişkin proje uygulamadan önce "uygulanabilir tüm uluslararası standartlara tam uyum içinde Sarayaku halkı ile etkili ve yeterli bir şekilde müzakerelerde bulunması"⁹¹ gibi Sarayaku halkı yararına bazı telafi tedbirlerine hükmetmiştir.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu da kolektif hakların korunması konusunda bazı içtihatlar geliştirmiştir. Nijerya'da Ogoni topluluğunun topraklarının petrol şirketleri tarafından tahrip

Case, 29 Mart 2006, Series C No. 146, para 248(6), (7), (8).

⁸⁷ The Moiwana Community Case, AAİHM, 15 Haziran 2005, Series C No. 124, para 233(3) ve (5); The Saramaka People Case, AAİHM, 28 Kasım 2007, Series C No. 214(5), (6), (7), (8), (13).

⁸⁸ The Saramaka People Case, AAİHM, 28 Kasım 2007, Series C No. 172, para 188

⁸⁹ The Kichwa Indigenous People of Sarayaku Case, AAİHM, 12 Haziran 2012, Series C No. 245, para. 284.

⁹⁰ The Kichwa Indigenous People of Sarayaku Case, AAİHM, 12 Haziran 2012, Series C No. 245, para. 341 Talimatlar (1).

⁹¹ Ibid, para 341 Talimatlar (2).

edilmesi üzerine bu topluluklar haklarının ihlal edildiği gerekçeyle Afrika Komisyonuna başvurmuşlar ve telafi talep etmişlerdir. Komisyon, kolektif hakları Afrika'da insan haklarının temel bir unsuru olarak ele almıştır.⁹² Toplulukların haklarının yanı sıra topluluk üyelerinin de haklarının birden çok ihlalini tespit eden Komisyon Nijerya Hükümetine başvurarak, soruşturmalar, çevresel etki değerlendirme, bilgi sağlanması ve " insan hakları ihlali mağdurlarına tazminat ödenmesi, hükümetin gözetiminde gerçekleştirilen talanların mağdurlarına yeniden yerleşim için yardım ve destek sağlanması ve petrol faaliyetleri dolayısıyla zarar gören arazi ve nehirlerin temizlenmesi için kapsamlı bir program geliştirmek" de dahil olmak üzere çeşitli tedbirler almak suretiyle "çevrenin, sağlığın ve Ogoniland halkının yaşam koşullarını korumayı güvence altına almasını" talep etmiştir.⁹³ Başka bir deyişle, Afrika Komisyonu hem daha geniş toplumun yararına kolektif telafiler hem de bireysel telafiler önermiştir.

Daha sonraki davalarda, Afrika Komisyonu kolektif telafileri daha açık bir şekilde önermiştir. *Kevin Mgvanga Gunme ve diğerleri* davasında başvurucular hem kendi adlarına hem de Güney Kamerun halkları adına, haklardan yararlanma bakımından sistematik ayrımcılığa tabi tutuldukları iddiasıyla başvurmuşlardır.⁹⁴ Afrika Komisyonu kolektif hakların süjesi "halk" kavramının daha geniş tanımını benimsemiş⁹⁵, fakat kolektif haklarının ihlalini bulmaktan kaçınmıştır. Ancak Afrika Komisyonu pek çok kez, bireysel hakların ihlal edildiğine karar vermiş ve bir bütün olarak halkın yararına olmak üzere, "ticari işlemlerde İngilizce dilinin kullanılması" da dahil olmak üzere Kuzeybatı ve Güneybatı Kamerun halkına

⁹² The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nijerya, AİHHK Kararı 155/96, (2001), para. 57, 61, 68.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Kevin Mgvanga Gunme et al / Kamerun, AİHHK Kararı 266/2003 (2009) para 1.

⁹⁵ Ibid, para. 178-179.

karşı tüm ayrımcı uygulamaları ortadan kaldırmak, ya da "ulusal projelerin ekonomik sürdürülebilirlik ve bölgesel denge gözetilerek Kuzeybatı ve Güneybatı Kamerun da dahil olmak üzere ülkenin her tarafına hakkaniyete uygun bir şekilde" dağıtılması gibi bazı tedbirler alınmasını önermiştir.⁹⁶ Benzer şekilde, Endorois kabilesinin atalarının yaşadığı topraklardan edilmemesinin hem bireysel hem de kolektif hakları ihlal ettiğini tespit eden Afrika Komisyonu, Kenya'nın Endorois'in mülkiyet (sahiplik) haklarını tanımasını, atalarının toprakların iade edilmesini ve yeterli tazminat ödenmesini önermiştir.⁹⁷ Darfur'da işlenen yaygın insan hakları ihlalleri dolayısıyla Sudan aleyhine yapılan başvuruda Afrika Komisyonu Darfur halkının AfİHHS'de yer alan kolektif haklar bakımından "halk" teşkil ettiğini teyit etmiştir.⁹⁸ Afrika Komisyonu hem bireysel hem de kolektif bazı hakların ihlal edildiğini tespit ettikten sonra, hem bireysel mağdurların hem de bütün bir toplumun yararına bazı onarıcı tedbirler önermiştir.⁹⁹

Uluslararası hukuk kolektif mağdur kavramını tanır; bazı sözleşmeler ve diğer belgeler aynı zamanda halkların hakları, özellikle de yerel halkların hakları gibi maddi kolektif hakları da tanır. Ayrıca uluslararası hukuk bireylerin bazı haklarını toplum içinde başkalarıyla birlikte kullanma haklarını da tanır.

Grup haklarıyla ilgili başka bir kavram da bireysel hakların kolektif olarak uygulanması (hak arama) sorunudur. Pek çok kişiyi ilgilendiren bir ihlal ortaya çıktığında, çok sayıdaki insan üzerinde gerçek bir etki sağlayabilecek basit usullerle çözüm üretmek açısından toplu hak arama ve uygulama süreçleri önemlidir. Bireysel hak-

⁹⁶ Ibid, para. 215(1) ve (4).

⁹⁷ Center for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of the Endorois Welfare Council / Kenya, AfİHK Kararı 276/2003, (2009), Tavsiyeler (a) ve (c).

⁹⁸ Sudan Human Rights Organisation et al. and Centre on Housing Rights and Evictions / Sudan, AfİHK Kararı 279/03 ve 296/05 (2009), para 223.

⁹⁹ Ibid, para 229.

ların kolektif uygulanması maddi bir grup hakkı olmakla birlikte, toplu hak arama süreçleri usulü bir haktır, taraf olma hakkı. Toplu hak arama, belli bireylerin, grupların ve kuruluşların bir talebi çok sayıda kişi adına (yetkili mekanizmalar önüne) getirmesine olanak tanır. Bu belirli sayıda birey olabileceği gibi belirsiz sayıdaki kişiler de olabilir. Bu tür usulü haklar pek çok ulusal hukuk sisteminde mevcuttur. Bu tür usuller konusunda uluslararası sözleşmeler herhangi bir kural içermemekle birlikte, bunlar, belirsiz sayıdaki kişiler adına yapılan başvuruları kabul eden Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu tarafından tanınmıştır.

Çocuk Hakları Komitesi, iş sektörünün çocuk hakları üzerindeki etkileriyle ilgili Devlet yükümlülüklerine dair 16 nolu Genel Yorumda, "sınıf davası ve kamu yararı davası gibi kolektif başvuruya dair mevzuata sahip olmayan devletler, işletme faaliyetleri dolayısıyla benzer şekilde etkilenen çok sayıda çocuğun mahkemelere erişimini kolaylaştıracak bir araç olarak bunları tanımalıdır" önerisinde bulunmuştur.¹⁰⁰

Kolektif hak arama usullerinin olup olmadığına bakılmaksızın, insan hakları ihlalden etkilenen tüm kişiler, bireysel telafi hakkına sahiptir ve kolektif telafilerle bu hak ortadan kaldırılamaz.

¹⁰⁰Çocuk Hakları Komitesi, İş sektörünün çocuk hakları üzerindeki etkileriyle ilgili Devlet yükümlülüklerine ilişkin 16 Nolu Genel Yorum, BM Bel CRC/C/GC/16 (2013), para 68.

Özet olarak:

- Mağdur kavramı her zaman uluslararası belgelerde tanımlanmamış olmakla birlikte, uluslararası yargısal uygulama yoluyla yorumlanmış ve açıklığa kavuşturulmuştur. Binaenaleyh, uluslararası hukuk insan hakları ihlallerinin yalnızca doğrudan mağdurlarını değil, ihlalin sonucu olarak fiziksel, psikolojik ya da ekonomik zarara uğradıkları takdirde aynı zamanda dolaylı mağdurlarını da tanır. Mağdurun akrabaları ve kendine yakın olan diğer kişiler de zorla kaybedilme gibi doğrudan onları hedef almayan ancak yine de etkileyen insan hakları ihlallerinden zarar görebilirler.
- “Mağdur” kavramı her zaman “telafiye hakkı olan kişi” kavramıyla örtüşmeyebilir. Aslında, doğrudan mağdur olmayan bir kişi, ihlalin sonucu olarak maddi, psikolojik, ahlaki vb. şekilde zarara uğrarsa, yine de telafi hakkına sahip olabilir. Bu kişi dolaylı mağdur olarak kabul edilebilir.
- Uluslararası hukuk aynı zamanda ilkesel olarak kolektif mağdur, kolektif haklar kavramlarını ve yerli ve kabile halkları gibi bazı grupların hak sahibi olabileceğini tanır. Ayrıca uluslararası hukuk bireylerin belli haklarını toplum içinde başkalarıyla birlikte kullanma hakkını da tanır.
- Bu hallerde, bireyler aynı zamanda telafiyi de birlikte talep edebilirler. İnsan hakları ihlallerinden çok sayıda kişi birlikte etkilendiğinde, aynı zamanda bazı uluslararası insan hakları organlarınca kabul edilmiş bir uygulama olan, bu kişilerin haklarını birlikte arayabilecekleri kolektif usuller de olmalıdır.

3. Çözüm (Başvuru) Hakkı

Hem kıta Avrupası hem de Common law sisteminin kabul ettiği genel bir hukuk ilkesine göre her özel hak ihlali bir zarar doğurur ve hukuk her zarar için bir çözüm öngörür.¹⁰¹

Çözüm hakkı, her şeyden önce kişinin bağımsız ve tarafsız bir organ önünde haklarını arama hakkını güvence altına alır. Hak aramanın amacı ihlalin tanınmasını sağlamak; eğer ihlal devam ediyorsa, sona erdirmek; ve yeterli bir telafi sağlamaktır. Çözüm hakkı aynı zamanda birkaç yolla telafi hakkıyla da bağlantılıdır: bağımsız bir değerlendirme telafi sağlamanın ilk adımını teşkil eder, aslında çözüm (remedy) terimi bazen, örneğin İnsan Hakları Komitesi tarafından, telafiyi de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

Bu bağlamda, İngilizce "remedy" (çözüm) kavramı bazen karışıklığa da sebep olmaktadır. Hem usulü çözüm (başvuru), hem de maddi çözüm (telafi) anlamına gelebilmektedir. Fransızca veya İspanyolca "recours" ya da "recurso" kavramları ise çoğunlukla yalnızca usulü çözüm anlamında kullanılmaktadır. Bu fark, usulü çözüm (başvuru) hakkı ile maddi telafi haklarını ayrı maddelerde düzenleyen Amerikan (AmeİHS) ve Avrupa (AİHS) İnsan Hakları Sözleşmelerinde açık bir şekilde ortaya konulmuştur.¹⁰² Ancak, UMSHS'nin 2. maddesinde yalnızca "remedy" (çözüm) kavramına yer verilmiştir ve özellikle Fransızca ve İspanyolca metinlerdeki anlatım maddi telafi hakkını kapsamamaktadır. Bununla birlikte, İnsan Hakları Komitesi etkili çözüm hakkının kaçınılmaz olarak telafi hakkını da içerdiğini belirtmiştir.¹⁰³ Bu Rehberde, "çözüm"

¹⁰¹Lusitania Davasına ilişkin Görüşler, Karma Talepler Komisyonu, Birleşik Devletler ve Almanya, 1 Kasım 1923, Recueil de sentences arbitrales, Volume VII, p.32, at 35.

¹⁰²AİHS, Maddeler 13 ve 41; AmeİHS, Maddeler 25 ve 63.

¹⁰³İnsan Hakları Komitesi, Sözleşmeye Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüklerin Niteliğine İlişkin 31 Nolu Genel Yorum, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para 16, şöyle demektedir: "Madde 2, paragraf 3, Taraf Devletlerin, Sözleşmedeki hakları ihlal edilen kişilere telafi sağlamasını gerekti-

(remedy) kavramı usulü başvuru hakkı anlamında kullanılırken, telafi (reparation) kavramı tazminat, tatmin, eski hale iade ve tekrarlamama güvenceleri sağlama yükümlülüğü anlamında kullanılmaktadır.

Devletler hakkı ihlal edilen kişilere etkili bir başvuru olanağı sağlama yükümlülüğü altındadırlar. Evrensel ve bölgesel standartlar insan haklarının ihlal edildiğini ileri süren herkese etkili bir başvuru hakkını güvence altına almaktadır.¹⁰⁴ Bu hak genellikle tüm diğer insan haklarının etkili bir şekilde korunması için en önemli ve hayati hak olarak nitelendirilmektedir.¹⁰⁵ İnsan Hakları Komitesi, Olağanüstü Hallerde yükümlülük azaltmaya ilişkin 29. Nolu Genel Yorumda çözüm hakkının “Sözleşmenin tamamına içkin bir sözleşme yükümlülüğü” olduğu ve olağanüstü hallerde bile “taraf

rir. Sözleşmedeki hakları ihlal edilen kişilere telafi sağlanmadan, 2. maddenin, 3. paragrafının etkinliğinin merkezi olan, etkili bir çözüm sağlama yükümlülüğü yerine getirilmez. Madde 9, paragraf 5 ve 14, paragraf 6'nın gerektirdiği açık teliflerin yanı sıra, Komite, Sözleşmenin genel olarak tazminat gerektirdiği görüşündedir. Komite, uygun olan hallerde telifinin, eski hale getirme, rehabilitasyon ve kamusal özürler, kamuya açık anmalar tekrarlanmama garantileri ve ilgili yasa ve uygulamalardaki değişikliklerin gibi tatmin tedbirlerinin yanı sıra insan hakları ihlallerinin faillerini adalet önüne çıkarmayı içerebileceğini not eder”.

¹⁰⁴UMSHS, Madde 2(3); İKS, Madde 13; IAOKS, Madde 6; İHEB, Madde 8; Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Deklarasyonu, Maddeler 9 ve 13; Yargısız İnfazlara Dair BM İlkeleri, İlkeler 4 ve 16; Suç ve Gücün Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri Deklarasyonu, İlkeler 4-7; Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı, Madde 27; Irkçılık, Irk Ayrımcılığı, Yabancı Düşmanlığı ve İlgili Hoşgörüsüzlüğe Karşı Dünya Konferansı Eylem Programı, 13, 160-162 ve 165. maddeler; İnsan Hakları Savunucuları Deklarasyonu, Madde 9; AİHS, Madde 13; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Madde 47; AmeİHS, Madde 25; Amerikan İnsan Hakları ve Görev Bildirgesi, Madde XVIII; Kişilerin Zorla Kaybolmasına İlişkin Amerika Arası Sözleşmesi, Madde III (1); Amerikan İşkenceyi Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi, Madde 8 (1); AİHHS, Madde 7 (1) (a); ve İnsan Hakları Arap Sözleşmesi, Madde 9..

¹⁰⁵İnsan hakları savunucuları Özel Temsilcisi Raporu, BM Bel A/56/341 (2001), para 9; Kadına karşı şiddet ve ailede kadına karşı şiddet içeren kültürel uygulamalar Özel Raportörünün Raporu, BM Bel E/CN.4/2002/83 (2002), para 116.

Devletin, Sözleşmenin 2/3 maddesinde yer alan etkili çözüm sağlama temel yükümlülüğüne uyması gerektiğinin” altını çizmiştir.¹⁰⁶

Taraf devletlerin anlamlı çözüm sağlama yükümlülüğü ile ilgili olarak, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, diğerlerinin yanı sıra taraf devletlerin “kadınların yargısal ve yargı-dışı tüm çözümlere erişmelerini sağlamalarını” ve “çözümlerin yeterli, etkili, hemen uygulanan, bütüncül ve uğranılan zararın yoğunluğuyla orantılı olmasını” sağlamalarını önermiştir. Çözümler, uygun olduğu takdirde, eski hale iade (hakların geri verilmesi); tazminat (para, mal ya da hizmet şeklinde olabilir); ve rehabilitasyonu (tıbbi ve psikolojik bakım ve diğer hizmetler) kapsamalıdır. Medeni zararlar ile cezai yaptırımlara ilişkin çözümlerin birbirini dışlayıcı nitelikte olması gerekmez”.¹⁰⁷ Komite aynı zamanda kadınlara çözüm sağlanmasının “yargı sistemlerinden uygulanabilir koruma ve uğradıkları her zarar için anlamlı giderim elde etmelerini” gerektirdiğini açıklığa kavuşturmuştur.¹⁰⁸

Çocuk Hakları Komitesi, Çocuk Hakları Sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin genel tedbirlere dair 5 Nolu Genel Yorumda (2003) “hakların anlamlı olabilmesi için, ihlalleri giderecek etkili çözümlerin mevcut olması” ve “hakların ihlalinin tespit edildiği hallerde, tazminat ve gerekli olduğu durumlarda fiziksel ve psikolojik rehabilitasyon ve yeniden uyum da dahil olmak üzere uygun telafilerin sağlanması” gerektiğinin altını çizmiştir.¹⁰⁹ Ayrıca, Çocuk Hakları Komitesi, iş sektörünün çocuk hakları üzerindeki etkileriyle ilgili Devlet yükümlülüklerine dair 16 Nolu Genel Yorumda, Devletler için “ticari faaliyetler ve operasyonlar bağlamında [çocuk haklarının] ihlali durumunda çözüm sağlamanın” bir gereklilik olduğunu¹¹⁰; taraf Devletlerin “özel bir taraf veya Devlet adına hareket

¹⁰⁶İnsan Hakları Komitesi, Olağanüstü Hallerde Yükümlülük Azaltmaya İlişkin 29 Nolu Genel Yorum, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), para 14.

¹⁰⁷CEDAW Komitesi, Kadınların adalete erişimine ilişkin genel tavsiye, BM Bel CEDAW/C/GC/33 (2015), para 19(a) ve (b).

¹⁰⁸Ibid, 14(e).

¹⁰⁹Çocuk Hakları Komitesi, Çocuk Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Genel Önlemler, Genel Yorum No. 5, BM Bel CRC/GC/2003/5 (2003), para 24.

¹¹⁰Çocuk Hakları Komitesi, İş sektörünün çocuk hakları üzerindeki etkileriyle

eden bir işletme tarafından haklarının ihlal edildiği çocuklar için etkili bir başvuru yoluna erişim sağlamalarını"¹¹¹; ve "Devletlerin, ticari şirketler gibi üçüncü şahıslar tarafından gerçekleştirilenler de dahil olmak üzere, çocuk haklarının ihlali için etkili çözüm ve telafi sağlama yükümlülüğü olduğunu"¹¹² vurgulamıştır.

Çözümler söz konusu olduğunda, Telafiye İlişkin BM İlkelerinin 3. İlkesi başka şeylerin yanı sıra şöyle demektedir: "İlgili hukuki organlar çerçevesinde öngörülen uluslararası insan hakları hukukuna ve uluslararası insancıl hukuka saygı gösterme, saygı göstermeyi sağlama ve bunları uygulama ödevi, diğer şeylerin yanı sıra, şunu içerir: (d) Mağdurlara telafi de dahil olmak üzere etkili çözüm sağlamak". Ayrıca, aynı belgenin 12. İlkesi, diğerlerinin yanı sıra, "Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalinin veya ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalinin bir mağduru uluslararası hukukta öngörülen şekilde etkin bir yargı yoluna eşit erişime sahip olacaktır" demektedir.

Bu nedenle, uluslararası hukuka göre, Devletler, mağdurların etkili bir yargı yoluna erişiminin sağlanmasının ön şartı olarak, yargısal işlev gören bağımsız, tarafsız ve yetkin bireylerce yönetilen, işleyen mahkemeler veya diğer yargısal mekanizmalar kurmalıdır. Aynı derecede gerekli olan başka bir şey ise, yasaları ve mahkemeler veya yargısal organlar tarafından hükmedilen telafileri uygulayacak yetkili makamların varlığıdır.

ilgili devletin Yükümlülükleri, Genel Yorum No. 16, BM Bel CRC/C/GC/16 (2013), para 4.

¹¹¹Ibid, para 5(c).

¹¹²Ibid, para 30.

3.1. Ayrımcılık Yasağı ve Çözüm Hakkı

Ayrımcılık yasağı, siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamusal yaşamın başka herhangi bir alanında insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit bir şekilde tanınması, yararlanılması veya kullanılmasını önleme ya da zorlaştırmayı amaçlaması ya da böyle bir etki doğurması halinde ırk, renk, soy veya ulusal veya etnik veya sosyal köken, cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği veya ifadesi, cinsiyet özellikleri, dil, din, siyasi veya diğer görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statüye dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama veya tercihi yasaklar.

Uluslararası teamül hukukunun bir yansıması olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi tüm insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğduğunu ve herkesin, herhangi bir ayırım yapmadan, burada belirtilen tüm hak ve özgürlüklere sahip olduğunu belirtir.¹¹³ Ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun üstün bir normu olarak yaygın bir şekilde tanınmaktadır; bu, hiçbir anlaşmanın bu yasağı geçersiz kılamayacağı anlamına gelir.¹¹⁴

Ayrımcılık yasağı, birçok anlaşmada yer almaktadır. İHEB'in özünü yansıtan, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, BM Şartının "tüm insanlarda var olan onur ve eşitlik ilkelerine dayandığını" ve amaçlarından birinin "ırk, cinsiyet, dil veya dine ilişkin ayırım yapmadan, herkes için insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı duymayı ve bunlara uymayı evrensel olarak desteklemek ve teşvik etmek" olduğunu hatırlatır.¹¹⁵ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, benzer şekilde "kadınlara karşı ayrımcılığın hakların eşitliği ve insanlık onuruna saygı ilkelerini ihlal ettiğini" hatırlatır.¹¹⁶

¹¹³İHEB, Maddeler 1 ve 2.

¹¹⁴Bkz. Örneğin, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesinin Raporu, BM Bel A/57/18 (2002), Bölüm XI, alt bölüm C, Irk ayrımcılığı ve terörizmle mücadele tedbirleri üzerine açıklama, para 4.

¹¹⁵IAOKS, Başlangıç, para 1.

¹¹⁶KKAOKS, Başlangıç, para 7.

UMSHS'nin 2 (1) maddesi, taraf Devletlerin "bu Sözleşmede tanınan haklara saygı göstermelerini ve kendi sınırları dahilinde yaşayan ve kendi yetkisine tabi tüm bireylere ırk, renk, cinsiyet dil, din, siyasi ya da başka görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayırım yapmaksızın bu hakları tanımalarını" gerektirir. UMSHS, 26. maddede, her türlü ayrımcılığı yasaklayarak şöyle der: "Tüm insanlar hukuk önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin eşit bir şekilde hukukun korumasından yararlanma hakkına sahiptir. Bu bağlamda, hukuk herhangi bir ayrımcılığı yasaklar ve tüm bireylerin, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir temele dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkili bir şekilde korumasını güvence altına alır." İnsan Hakları Komitesi, "26. maddede yer alan ayrımcılık yasağı ilkesinin uygulanmasının, Sözleşmede yer alan haklarla sınırlı olmadığını" açıklamıştır.¹¹⁷

USKEHS'nin 2 (2) maddesi şöyledir: "Bu Sözleşmeye taraf Devletler, Sözleşmede yer alan hakların, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka görüşler, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın uygulanmasını garanti etmeyi taahhüt eder". Ayrımcılık yasağı, diğer evrensel insan hakları sözleşmelerinde de ilgili bağlamlara da yansıtılmıştır.¹¹⁸

Bölgesel düzeyde, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, taraf Devletlerin "kadına yönelik her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını sağlamalarını" (Madde 18/3) gerektirir ve her bir bireyin ayırım gözetmeksizin başkalarına saygı gösterme yükümlülüğü bulunduğunu teyit eder (Madde 28). Amerikan İnsan Hakları

¹¹⁷İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 18, Ayrımcılık Yasağı, BM Bel HRI/GEN/1/Rev.1 at 26 (1994), para 12.

¹¹⁸Bkz: İKS, Madde 1(1); ÇHS, Madde 2(1) ve (2); GİHKUS, Madde 7; ve EKHS, Maddeler 2, 3, 4(1), 5, 6(1), 23(1), 24(1) ve (5), 25, 27, 28, 29 ve 30(3).

Sözleşmesi, 1. Maddesinde taraf Devletlerin, herkesin hak ve özgürlüklerini, "ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya sosyal köken, ekonomik durum, doğum veya diğer herhangi bir sosyal durum nedeniyle herhangi bir ayırım yapılmaksızın" özgürce ve tam olarak kullanmalarını sağlamalarını zorunlu kılar; ve 24. maddede ayırım olmaksızın tüm kişilerin hukukun eşit koruması altında olduklarını teyit eder. AİHS'nin 14. Maddesi de benzer şekilde, Sözleşmede yer alan hakların "cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlık, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınmasını" teminat altına almıştır.

Bir ulusun hayatını tehdit eden olağanüstü hallerde bile, ilgili insan hakları belgeleri kapsamındaki belirli yükümlülüklerden azaltma yapan yasal tedbirler, belirtilen yasaklı nedenlere dayalı ayrımcılığı kapsayamaz.¹¹⁹

İnsan hakları hukuku, herhangi bir ayırım olmaksızın herkesin insan haklarından yararlanmasını zorunlu kılarak, Devletleri herhangi bir ayırım gözetmeksizin etkili çözüm ve telafilere ulaşılmasını sağlama yükümlülüğü altına sokmuştur. İşkenceye Karşı Komite, Taraf Devletlerin İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezalara Karşı Sözleşme'nin 14. Maddesinin uygulanmasına ilişkin (giderim hakkını kapsayan) 3 Nolu Genel Yorumunda (2012)¹²⁰, şikâyetlere ve soruşturma mekanizmalarına ve çözüm ve onarım usullerine erişime ilişkin ayrımcılığın, onarım hakkının kullanılmasını engelleyen özel engellerden biri olduğunu gözlemlemiştir.¹²¹ İşkenceye Karşı Komite aynı Genel Yorumda, ayrıca şunun altını çizmiştir: "Ayrımcılık yasağı ilkesi, insan haklarının korunmasında temel ve genel bir ilke olup Sözleşme'nin yorumlanmasında ve uygulanmasında esas alınmalıdır".

¹¹⁹Bkz. Örneğin, UMSHS Madde 4(1),

¹²⁰İşkenceye Karşı Komite, Genel Yorum No. 3, 14 Maddenin taraf devletlerce uygulanması, CAT/C/GC/3 (2012).

¹²¹Ibid, para 38.

Taraf Devletler, adalete erişimi ve giderimi talep etme ve elde etme mekanizmalarına kolayca ulaşımı sağlamalı ve ırk, renk, etnik köken, yaş, dini inanç veya bağlılık, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, zihinsel ya da diğer sakatlıklar, sağlık durumu, ekonomik ya da yerlilik durumu, siyasi suçlar ya da terör faaliyetleriyle suçlananlar da dahil olmak üzere bir kişinin tutuklanmasına neden olan sebepler, sığınmacılar , mülteciler ve uluslararası koruma altındaki diğer kişiler, veya başka bir statü ya da olumsuz ayrımcılık ve yukarıda belirtilenler gibi bazı nedenlere dayanılarak marjinalleşmiş veya savunmasız hale getirilmiş olanlar da dahil olmak üzere herhangi bir ayırım yapmaksızın, çözümlerin herkes için eşit derecede erişilebilir olmasını sağlamalıdır.¹²²

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, diğerlerinin yanı sıra, taraf Devletlerin: "Kadınlara yönelik ayrımcılığa karşı zamanında ve uygun çözümler sağlamasını ve uygulamasını" önermiştir.¹²³

Aynı şekilde, Çocuk Hakları Komitesi, "Devletlerin genel olarak özel alanda ayrımcılığı önlemesi ve gerçekleşmesi durumunda çözüm sağlamalarının gerekli olduğunun" altını çizmiştir.¹²⁴

Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 6. Maddesine ilişkin XXVI. Nolu Genel Tavsiye Kararında, "Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan [ırk ayrımcılığı] sonucu ortaya çıkan zarar için adil ve yeterli telafi ya da tatmin talep etme hakkı, yalnızca ayrımcılığın failinin cezalandırılması ile güvence altına alınmaz; aynı zamanda, mahkemeler ve diğer yetkili makamlar, uygun olan hallerde, mağdurun uğradığı maddi

¹²²Ibid, para 32.

¹²³CEDAW, Kadınların adalete erişimine ilişkin genel tavsiye, BM Bel CEDAW/C/GC/33 (2015), para 19(a).

¹²⁴Çocuk Hakları Komitesi, İş sektörünün çocuk hakları üzerindeki etkileriyle ilgili devletin Yükümlülükleri, Genel Yorum No. 16, BM Bel CRC/C/GC/16 (2013), para 14.

veya manevi zararlar için nakdi tazminat ödemeyi düşünmelidir ” demiştir.¹²⁵

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, (UESKHS'nin 2/2 maddesinde yer alan) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklarda Ayrımcılık Yapmamaya İlişkin 20 Sayılı Genel Yorumunda şunun altını çizmiştir: “Ulusal mevzuat, stratejiler, politikalar ve planlar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanındaki ayrımcılığın neden olduğu zararların bireysel ve yapısal doğasını etkin bir şekilde ele alan mekanizmalar ve kurumlar öngörmelidir. Ayrımcılık iddialarını inceleyen kurumlar, ki geleneksel olarak mahkemeleri ve yargısal mercileri, idari makamları, ulusal insan hakları kurumlarını ve / veya kamu denetçilerini içerir.. tazminat, telafi, eski hale iade, rehabilitasyon, tekrarlanmama garantisi ve kamusal özür dileme gibi etkili çözümler sağlama yetkisine de sahip olmalıdırlar ”.¹²⁶

Aşırı yoksulluk ve insan hakları Özel Raportörü, adalete erişimi sağlamak için şunu belirtmiştir: “Devletlerin, giderim arayan kişilerin herhangi bir ayırım gözetmeksizin, bağımsız ve etkili adli ve yargısal mekanizmalara erişimini kolaylaştıran ve adil bir sonuç almalarını sağlayan yasal ve kurumsal bir çerçeve oluşturma yükümlülüğü vardır. Bununla birlikte, adli ve yargısal mekanizmalara hukuki olarak erişim hakkının tanınmış olması, fiiliyatta tüm bireylerin adalete erişiminin sağlanması için yeterli değildir. Devletler ayrıca, ayrımcılığa neden olan veya buna yardımcı olan koşulları ortadan kaldıracak önlemler de dahil olmak üzere, yasaların ve politikaların özünde ayrımcı olmamasını sağlayacak pozitif tedbirler almalıdır.”¹²⁷

¹²⁵İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Sözleşmenin 6. Maddesine ilişkin Genel Tavsiye XXVI, Elli altıncı oturum (2000), 1399. Toplantı, 24 Mart 2000.

¹²⁶Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Genel Yorum No. 20, Ekonomik, sosyal ve kültürel haklarda ayrımcılık yasağı, (UESKHS Madde 2(2)), BM Bel E/C.12/GC/20 (2009), para 40.

¹²⁷Aşırı fakirlik ve insan hakları Özel Raportörünün Raporu BM Bel A/67/278 (2012), para 11.

3.2. Hukuksuz tutmaya karşı uluslararası hukuk çözümleri

Uluslararası hukukta güvence altına alınan özel bir çözüm kategorisi, hukuksuz tutmaya karşı öngörülen çözümlerdir, ki bunlar hemen bir yargıç ya da yargı yetkisi tanınmış başka bir makamın önüne çıkarılma hakkı¹²⁸, özgürlüğünden yoksun bırakmanın hukukiliğine bir mahkeme önünde itiraz etme hakkı tanıyan *habeas corpus* hakkı ya da benzeri çözümler (amparo başvurusu vb) gibi hakları içerir.¹²⁹ Habeas corpus hakkı, bir suç ithamıyla yakalanan veya tutuklanan herkesin derhal bir hakimın veya başka bir adli makamın önüne çıkarılmasını ve makul bir süre içinde yargılanmasını veya serbest bırakılmasını isteme hakkından ayrı bir haktır. Başka bir deyişle, *habeas corpus* hakkı, her türlü nedenle gözaltına alınma durumları için geçerlidir ve bir suç şüphesiyle yakalanan kişilerin derhal hâkim önüne çıkarılma hakkına ek olarak tanınmıştır. *Habeas corpus* hakkı, yalnızca bireyleri yasadışı gözaltına almaya karşı koruduğu için değil, aynı zamanda gözaltında işkence ve diğer kötü muamele türleri veya kötüye kullanım ya da zorla kaybedilmeye karşı önemli bir güvence teşkil ettiği için de hayattır.¹³⁰

“Özgürlüğünden mahrum bırakılan herkesin mahkemeye başvuru hakkına ilişkin Birleşmiş Milletler Temel İlke ve Esaslarında”, (Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu [KTÇG], Habeas Corpus Temel İlke ve Esasları), BM Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu *habeas corpus* hakkını şöyle tanımlamıştır: “Tutukluluğun hukuka uygunluğuna bir mahkeme önünde itiraz etme hakkı, yokluğu bir insan hakları ihlali teşkil eden, tek başına ayrı bir insan hakkıdır. [*Habeas corpus*] kişi özgürlüğü ve fiziksel bütünlüğünü, gizli tutuklama,

¹²⁸UMSHS, Madde 9(3); AİHS, Madde 5(3); AmeİHS, Madde 7(5).

¹²⁹UMSHS, Madde 9(4); ÇHS, Madde37(d); AİHS, Madde 5(4); AmeİHS, Madde 7(6); Uluslararası Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması, Madde 17(f); Kişilerin Zorla Kaybedilmesine İlişkin Amerikan Sözleşmesi, Madde X; Her türlü Gözaltı ve Cezaevinde Tutulan Bütün Kişilerin Korunmasına İlişkin İlkeler Bütünü, İlke 32; Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Deklarasyonu, Madde 9.

¹³⁰İşkence Özel Raportörünün Raporu, BM Bel E/CN.4/2003/68 (2002), para 26(i).

sürgün, zorla kaybedilme veya işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza riski dahil olmak üzere, keyfi yakalama ve tutmaya karşı korumak için öngörölmüş yargısal bir çözümdür. Ayrıca, gözaltında tutulan kişilerin nerede olduğunun ve sağlık durumlarının belirlenmesinin ve özgürlükten yoksun bırakılma emrini veren veya yerine getiren otoritenin kimliğinin tespitinin de bir aracıdır (vurgu eklenmiştir).¹³¹

Habeas corpus hakkının önemi BM Genel Kurulu tarafından tekrar teyit edilmiştir.¹³² Bu hakkın keyfi ya da yasadışı tutmaya karşı çözüm niteliğinde olduğunu vurgulayan KTÇG *Habeas Corpus* Temel İlke ve Esasları, şöyle demektedir: "Herkesin keyfi ya da yasadışı bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmama hakkına sahip olduğu tanınmak suretiyle, herkesin, mahkeme tarafından tutuklanmanın keyfi ya da hukuka uygun olduğuna karar verilmesi ve gecikmeksizin uygun ve erişilebilir çözümleri elde etmesini sağlamak amacıyla mahkemeye başvuru hakkı güvence altına alınmıştır."¹³³ KTÇG *Habeas Corpus* Temel İlke ve Esasları ayrıca, çözüm ve telafilerle ilgili olarak şunları vurgulamaktadır: "Keyfi ya da yasadışı olarak tutuklanan herkesin, eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve yenilememe güvencelerini kapsayan etkili çözüm ve telafilere erişim hakkı güvence altına alınmalıdır. Telafiler yeterli, etkili ve hızlı olmalıdır. Devletler, tutukluluğun keyfi olduğuna inanmak için makul nedenlerin bulunduğu her durumda, hızlı, etkili ve tarafsız soruşturma yapmalıdır. Bu ödev, bir Devletin yetkisi altındaki bütün bölgelerde ya da Devletin etkili kontrol uyguladığı

¹³¹Özgürlüğünden Mahrum bırakılan kişilerin mahkemeye başvuru hakkına ilişkin temel ilkeler ve Esaslar, BM Bel WGAD/CRP.1/2015 (2015), para 2, orijinal metindeki dipnotlar çıkarılmıştır. KTÇG (Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu) Temel İlkeleri ve Esasları uluslararası standartlar ve tanınmış iyi uygulamalardan derlenmiş ve Devletlere bu hakkı düzenleyen yasa ve prosedürlerin ve bunların etkin kullanımı için gereken unsurların dayanması gereken temel ilkeler hakkında rehberlik sağlamayı amaçlar (bkz. para 7).

¹³²Bireysel başvuru (amparo), tutma aleyhine mahkemeye başvuru (habeas corpus) ya da aynı amacı taşıyan diğer hukuki yollara ilişkin Genel Kurul Kararı 34/178 (1979).

¹³³Özgürlüğünden Mahrum bırakılan kişilerin mahkemeye başvuru hakkına ilişkin temel ilkeler ve Esaslar, BM Bel WGAD/CRP.1/2015 (2015), para 19 (orijinal metindeki dipnotlar çıkarılmıştır).

yerlerde veya devlet görevlilerinin eylemleri veya ihmalleri sonucunda meydana gelen durumlarda uygulanır. Telafi hakkı af, dokunulmazlık, zamanaşımı veya başka gerekçelerle etkisiz hale getirilemez. Bir mahkeme, özgürlükten yoksun bırakmanın keyfi veya yasadışı olduğunu tespit etmesi halinde, tutuklunun şartlı veya şartsız olarak serbest bırakılmasını emretmelidir. İlgili makamlar, tahliye kararlarını derhal uygulamalıdır.”¹³⁴

Yasadışı tutmaya karşı öngörülen tüm çözümlerin temel nitelikte olduğu ve barış zamanlarında olduğu gibi olağanüstü hallerde ve çatışma dönemlerinde de geçerli olduğu belirtilmelidir. Nitekim, İnsan Hakları Komitesi, *habeas corpus* güvencesinin doğası gereği yükümlülük azaltmaya tabi tutulamayacağına karar vermiştir.¹³⁵ İnsan Hakları Komitesi, Sözleşmenin 9. Maddesine ilişkin (kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı) 35. Nolu Genel Yorumunda (2014) şöyle demektedir: “Kişi özgürlüğünü güvence altına alan usul güvenceleri hiçbir zaman yükümlülük azaltmaya tabi tutulamaz, aksi halde yükümlülük azaltmanın istisnası olan haklara ilişkin koruma anlamsız hale gelir. 6. ve 7. maddelerdeki haklar dahil olmak üzere, yükümlülük azaltmanın istisnası olan hakların korunması için, mahkemenin tutukluluğun yasallığı konusunda gecikmeden karar vermesine olanak tanıyan, mahkemeye başvuru hakkı, yükümlülük azaltma tedbirleri ile ortadan kaldırılamaz.”¹³⁶ Eski BM İnsan Hakları Komisyonu da benzer şekilde, *habeas corpus* başvuru hakkının olağanüstü hallerde de sürdürülmesi gerektiğini belirtmiştir.¹³⁷ KTÇG Habeas Corpus Temel İlke ve Esasları da diğerlerinin yanı sıra, bu hakkın yükümlülük azaltmaya tabi olmadığını, şöyle

¹³⁴Ibid, para. 43 ve 44 (orijinal metindeki dipnotlar çıkarılmıştır).

¹³⁵İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 29, Olağanüstü hallerde yükümlülük azaltma, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), para 16.

¹³⁶İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 35, Madde 9 (Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği), CCPR/C/GC/35 (2014), para 67 (orijinal metindeki dipnotlar çıkarılmıştır); ayrıca bkz. Para. 65-66.

¹³⁷İnsan Hakları Komisyonu, Karar 1992/25, *habeas corpus*’a ilişkin, para 2.

ifade etmektedir: "Tutukluluğun keyfililiğine ve yasadışılığına itiraz etmek ve gecikmeksizin uygun ve erişilebilir çözümleri elde etmek amacıyla mahkemeye başvuru hakkı uluslararası hukukta yükümlülük azaltmaya tabi değildir. Bu hak, hiçbir koşulda, savaş, silahlı çatışma veya ulusun hayatını tehdit eden ve varlığı resmi olarak ilan edilen olağanüstü hallerde bile, askıya alınmamalı, uygulanamaz hale getirilmemeli, sınırlandırılmamalı veya ortadan kaldırılmamalıdır."¹³⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, olağanüstü hallerde bile bir Devletin, AİHS'nin 5. maddesinin gerekliliklerinden (5/4. maddede, *habeas corpus* veya eşdeğer bir başvuru hakkı içermektedir) yükümlülük azaltmanın yalnızca durumun zorunlu kıldığı ölçüde mümkün olduğuna karar vermiştir. Devletler, gözaltında suiistimallere karşı güvenceler, bir avukat ve doktora erişim, *habeas corpus* güvenceleri ve aile üyeleriyle temas kurma hakkı dahil olmak üzere tüm yükümlülüklerine her zaman uymak zorundadırlar.¹³⁹ Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, açık bir şekilde "habeas corpus ve 'amparo' güvencelerinin, 27/2. maddede yükümlülük azaltmadan istisna tutulan (deregasyonu yasaklanan) çeşitli hakların korunması için hayati nitelikte olan yargısal güvenceler arasında yer aldığını ve ayrıca demokratik bir toplumda yasallığı korumaya hizmet ettiğini",¹⁴⁰ ve bu teminatların "adil yargılanma ilkeleri çerçevesinde uygulanması" gerektiğine karar vermiştir.¹⁴¹ Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu da, "hiçbir koşulun", "habeas corpus, amparo veya benzeri usulü hakların kullanılması-

¹³⁸Özgürlüğünden Mahrum bırakılan kişilerin mahkemeye başvuru hakkına ilişkin temel ilkeler ve Esaslar, BM Bel WGAD/CRP.1/2015 (2015), İlke 4 (yükümlülük azaltma yasağı), para. 22 ve 23 (orijinal metindeki dipnotlar çıkarılmıştır).

¹³⁹Aksoy / Türkiye, AİHM, 18 Aralık 1996, Reports 1996-VI, para 83.

¹⁴⁰Olağanüstü Hallerde Habeas Corpus, AAİHM, Danışma Görüşü OC-8/87, 30 Ocak 1987, Series A No. 8, para 42; Olağanüstü Hallerde Yargısal Güvenceler, AAİHM, Danışma Görüşü OC-9/87, 6 Ekim 1987, yürütme para 2.

¹⁴¹Danışma Görüşü OC-9/87, 6 Ekim 1987, yürütme para 3.

nı engellemek için bir gerekçe" olarak ileri sürülemeyeceğini teyit etmiştir.¹⁴²

3.3. Çözüm hakkının, özellikle yargısal başvuru hakkının gereklilikleri

Uluslararası insan hakları organları, etkili bir başvuru yolu (çözüm) kavramının kapsamını aşamalı olarak yorumlamış ve geliştirmişlerdir. Çözüm hakkı, bir insan hakları ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etme ve ihlali sona erdirmeye ya da telafi sağlama anlamında bir çözüme hükmetme yetkisiyle donatılmış, bağımsız bir otoriteye etkin erişim gerektirir. Çözümlerin etkililiğinden söz edebilmek için, derhal, erişilebilir, bağımsız bir organ önünde mevcut olmaları, telafiye ve uygulanabilir olduğu hallerde ihlalin durdurulmasına olanak tanımaları hayatidir. Aşağıdaki bölümler, etkili bir başvuru (çözüm) yolunun temel gerekliliklerinin her birini açıklamaktadır. Ancak, ayrı ayrı tanımlanabilmesine rağmen, her bir unsurun kendine has özelliklere sahip olmasıyla birlikte, etkin bir başvuru yolunun tüm ön koşullarının, birbiri ile bağlantılı olduğu ve hep birlikte başvuru yolunun etkinliğine katkıda bulunduğu belirtilmelidir.

Hızlılık ve etkinlik

Tüm uluslararası insan hakları organlarının içtihatları, hızlılık ve etkinliğin herhangi bir başvuru yolunun önkoşulları olması bakımından tutarlıdır.¹⁴³ Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi,

¹⁴²AİHHK, Afrika'da adil Yargılanma Hakkı ve Adli Yardıma İlişkin İlkeler ve Esaslar, 2003, İlke M(5)(e).

¹⁴³İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 31 Sözleşmeye taraf devletlere yüklenen hukuki yükümlülüklerin niteliği, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para 15; AAİHM, Olağanüstü Hallerde Yargısal Güvenceler, Danışma Görüşü OC-9/87, 6 Ekim 1987, Series A No. 9, para 24; AİHHK Afrika'da adil Yargılanma Hakkı ve Adli Yardıma İlişkin İlkeler ve Esaslar, 2003, İlke C; Association of Victims of Post Electoral Violence and Interights / Kamerun, AİHHK, Karar 272/2003 (2010), para. 128-129; Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın

taraf Devletlerin, tüm kadınların “etkili ve hızlı başvuru yollarına eşit erişime sahip olmalarını” sağlama konusundaki anlaşmaya dayalı yükümlülüklerini vurgulamıştır (vurgu eklenmiştir).¹⁴⁴

Çocuk Hakları Komitesi, etkin çözüm sağlama ve çocuk haklarının ihlali için telafi sağlama yükümlülüğünü yerine getirmek için, diğer şeylerin yanı sıra, “*hızlı işleyen*, gerçekten uygun ve erişilebilir olan, ve uğranılan zarar için telafi sağlayan” çocuklara duyarlı mekanizmaların kurulmasının zorunlu olduğunu vurgulamıştır (vurgu eklenmiştir).¹⁴⁵

Amerikalılar-arası Mahkeme, temel haklarını ihlal eden eylemlere karşı korunmak için “her bireyin basit ve *hızlı* bir başvuru yoluna ya da yetkili hakimler ya da mahkemeler nezdindeki herhangi bir etkin çözüme başvuru hakkının ‘yalnızca Amerikan Sözleşmesinin değil, aynı zamanda Sözleşme’de belirtilen anlamda demokratik bir toplumdaki hukuk devletinin de temel dayanaklarından biri olduğunu” vurgulamıştır (vurgu eklenmiştir).¹⁴⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, taraf Devletlerin AİHS’nin, etkili başvuru hakkını güvence altına alan 13. maddesinden kaynaklanan yükümlülükleri ile ilgili içtihadı, “çözüm sağlayan işlemin kendisinin hızlı olmasına özellikle dikkat etmek gerektiğini ve aşırı gecikmenin çözümün yeterliliğini zayıflatılmayacağına göz ardı edilmemesi gerektiğini” vurgulamıştır.¹⁴⁷ Strazburg Mahkemesi, *de*

Ortadan Kaldırılmasına İlişkin AK Rehber İlkeleri, ilke VI; Airey /İrlanda, AİHM, 9 Ekim 1979, Series A No. 32, para 33.

¹⁴⁴CEDAW Komitesi, Kadınların adalete erişimine ilişkin genel tavsiye, BM Bel CEDAW/C/GC/33 (2015), para 11. Ayrıca bkz. Para. 14(d), 18(d), 19(a).

¹⁴⁵Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 16, İş sektörünün çocuk hakları üzerine etkileriyle ilgili Devlet yükümlülükleri, BM Bel CRC/C/GC/16 (2013), para 30.

¹⁴⁶Mayagna (Sumo) Awas Tigni Community / Nikaragua, AAİHM, 31 Ağustos 2001, Series C No. 79, para 112.

¹⁴⁷Doran / İrlanda, AİHM, (2006) 42 EHRR 13, para 57.

Souza Ribeiro / Fransa davasında “başvuru yolunun yeterliliğinin aşırı gecikme nedeniyle zarar görmesinin mümkün olmadığı düşünülemez” diyerek bu görüşü yinelemiştir.¹⁴⁸ Bu bağlamda, insan haklarının korunmasının bir aracı olarak, AİHS’nin 13. maddede yer alanlar da dahil olmak üzere taraf devletlerin yükümlülüklerinin, [yükümlülüğün sağladığı] korumanın teorik ve hayali değil, pratik ve etkili olmasını sağlayacak şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirdiğini hatırlamakta fayda vardır.¹⁴⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin, Üye Devletlere iç hukuk yollarının iyileştirilmesine ilişkin Tavsiye Kararının (2004)6 Ekinde, 13. madde anlamında “başvuru yolunun” (çözümün) “etkinliğinin” başvuru için olumlu bir sonuç almanın kesinliğine bağlı olmadığını; fakat bir asgari hız gereksinimi anlamına geldiğini” belirtmiştir.¹⁵⁰

Çabukluğa ek olarak, çözüm için başka bir gereklilik de etkili olma zorunluluğudur, yani bir insan hakları ihlalinin potansiyel mağduru için adalete anlamlı bir erişim sağlanmasıdır. Daha önce de belirtildiği gibi, içtihat, başvuru yolunun “teorik ve hayali” değil, “pratik ve etkili” olması gerektiğinden söz etmektedir -yani etkililik bağlamında- bu adalete gerçek anlamda erişim sağlanması gerektiği anlamına gelir¹⁵¹. Benzer şekilde, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, kadınların adalete erişim hakkının, diğer şeylerin yanı sıra, mağdurlar için başvuru yollarını da içerdiğini belirtmiştir.¹⁵² Ayrıca, taraf Devletlerin, başkalarının yanı sıra, kadınların etkili çözümlere erişimini engelleyen temel sosyal ve kültürel engelleri açığa çıkarma ve ortadan kaldırma yükümlülüğü bulundu-

¹⁴⁸De Souza Ribeiro / Fransa, AİHM Büyük Daire, B. No. 22689/07, para 81.

¹⁴⁹EI-Masri / EYC Makedonya, AİHM Büyük Daire, B. No. 39630/09, para 134.

¹⁵⁰AK Bakanlar Komitesinin iç hukukta çözümlerin geliştirilmesine ilişkin üye devletlere Tavsiye kararına Ek Rec(2004)6 para 1.

¹⁵¹Airey /İrlanda, AİHM, 9 Ekim 1979, Series A No. 32, para 24.

¹⁵²CEDAW Komitesi, Kadınların adalete erişimine ilişkin genel tavsiye, BM Bel CEDAW/C/GC/33 (2015), para. 1 ve 14.

ğunu da vurgulamıştır.¹⁵³ Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi ayrıca "çoklu/kesişen ayrımcılık biçimlerinin, belirli kadın grupları için etkisiz başvuru yolları da dahil olmak üzere, adalete erişim üzerindeki olumsuz etkisine" işaret etmiştir.¹⁵⁴

Bu bağlamda, etkili bir başvuru yolu, bir ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etme ve ihlal varsa, onu düzeltme olanağı sağlamalıdır.¹⁵⁵ Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Caracazo* Davasında belirttiği gibi:

"Kendisini bu tür ihlallerin mağduru olarak gören herhangi bir kişinin, devletin bu ödevine uygun olarak hem kendi yararı hem de bir bütün olarak toplumun yararı için adalet sistemine başvurma hakkı vardır."¹⁵⁶

Özetle, bu nedenle, ulusal bir başvuru yolunun yalnızca kâğıt üzerinde sunulması yeterli değildir. Hukuken ve pratikte de etkili olmalıdır. Ayrıca, bir çözümün etkinliği, belirli bir asgari hız gereksinimi anlamına gelir ve bir başvuru yolunun etkililiğinin sürenin uzaması dolayısıyla zayıflaması mümkündür.

Bağımsız Makam

Belirli bir davada çözüm meselesini karara bağlayacak olan otorite bağımsız olmalıdır.¹⁵⁷ Bu, başvuru yapılan organa, aleyhine baş-

¹⁵³Ibid, para 7.

¹⁵⁴Ibid, para 10.

¹⁵⁵Olağanüstü Hallerde Yargısal Güvenceler, AAİHM Danışma Görüşü OC-9/87, 6 Ekim 1987, Series A No. 9, para 24; Silver / Birleşik Krallık, AİHM, 25 Mart 1983, Series A No. 61, para 113.

¹⁵⁶Case of Caracazo / Venezuela (Telafi), AAİHM, 29 Ağustos 2002, Series C No. 95, para 115.

¹⁵⁷Bazı uluslararası belgelerde bu açıkça tanınmıştır. Mesela: Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Deklarasyonu, Madde 13; Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı, Madde 27; AK Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Önlenmesine İlişkin Rehber İlkeler, İlke VI (Tarafsızlık ve Bağımsızlık).

vuru yapılan yetkililer tarafından müdahale edilememesi anlamına gelir.¹⁵⁸

Erişilebilirlik, adli yardım dahil

Pratik ve etkili bir çözüm, başvuru yolunun basit ve erişilebilir olması gerektiği anlamına gelir. İnsan Hakları Komitesi, bunun “belirli kategorilerdeki kişilerin özel zayıflığının” dikkate alınmasını¹⁵⁹ ve (bu) kişilerin adli yardım almalarını gerektirdiğini vurgulamıştır.¹⁶⁰ İnsan Hakları Komitesi, Mahkemeler ve yargı organları önünde eşitlik ve adil yargılama hakkına ilişkin 32 nolu Genel Yorumunda, UMSHS’nin 14/3-d maddesinde belirtilen ceza davalarında adli yardım güvencesine ek olarak diğer davalarda da adaletin gerektirdiği durumlarda Devletlerin adli yardım sağlama konusunda teşvik edilebileceği ve hatta zorlanabileceğini açıklığa kavuşturmuştur.¹⁶¹ Benzer şekilde, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Yeterli Barınma

¹⁵⁸İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 31 Sözleşmeye taraf devletlere yüklenen hukuki yükümlülüklerin niteliği, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para 15; AK Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Önlenmesine İlişkin Rehber İlkeler, İlke VI; Keenan Birleşik Krallık, AİHM, 3 Nisan 2001, Reports 2001-III, para 122; Olağanüstü Hallerde Yargısal Güvenceler, AAİHM Danışma Görüşü OC-9/87, 6 Ekim 1987, Series A No. 9, para 24; Ivcher Bronstein / Peru, AAİHM, 6 Şubat 2001, Series C No. 74, para. 135-139.

¹⁵⁹İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 31 Sözleşmeye taraf devletlere yüklenen hukuki yükümlülüklerin niteliği, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para 15. Ayrıca bkz. BM İnsan Hakları Komisyonu, Karar 2002/13, Güney-doğu Avrupa’da İnsan Haklarının Durumu, Komisyon, “bölgede ki yöneticilere etnik kökenine bakılmaksızın tüm vatandaşların temel haklarını koruyacak etkili yargısal mekanizmaların kurulması suretiyle hukuk devletini güçlendirme çağrısı yapmıştır”.

¹⁶⁰İnsan Hakları Komitesi, Polonya’ya ilişkin sonuç gözlemleri, BM Bel CCPR/CO/82/POL (2004), para 14.

¹⁶¹İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 32 Mahkemeler önünde eşitlik ve adil yargılanma hakkı, BM Bel CCPR/C/GC/32 (2007), para 10. Ayrıca bkz. AK Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Önlenmesine İlişkin Rehber İlkeler, İlke VII(5).

Hakkına ilişkin (UESKHS 11/1 Maddesi) 7 Nolu Genel Yorum da dahil olmak üzere şunun altını çizmiştir: Zorla Tahliyeler, zorla tahliyelere karşı usulü güvenceler sadece usulü çözümleri değil, fakat aynı zamanda "mümkün olduğunda, mahkeme önünde çözüm arayan kişilerden ihtiyacı olanlara adli yardım sağlanmasını da içerir".¹⁶² Benzer şekilde, Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, diğer şeylerin yanı sıra, "adalet sistemlerinin kadınlar için ekonomik olarak erişilebilir olmasını garanti etmenin hayati bir unsuru olarak" "hukukun tüm alanlarında, yargısal ve yarı-yargısal süreçlerde ücretsiz veya düşük maliyetli adli yardım, tavsiye ve temsil sağlanmasını" ve taraf Devletlerin "alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları ve düzeltici adalet süreçleri de dahil olmak üzere, yargısal ve yarı yargısal süreçlerin tüm aşamalarında ... erişilebilir, sürdürülebilir ve kadınların ihtiyaçlarına duyarlı" yeterli ve cinsiyete duyarlı adli yardım ve kamu savunma sistemlerini kurumsallaştırmalarını önermiştir.¹⁶³ Gerekirse, kadınlara adli yardım sağlanmalıdır.¹⁶⁴ Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, özellikle, cinsiyete dayalı şiddetin kadın şikayetçileri ve tanıkları ile ilgili olarak, "Mali yardıma ve ücretsiz veya düşük maliyetli yüksek kaliteli adli yardıma erişimin sağlanması" da dahil olmak üzere, yasal işlemlerden önce, sırasında ve sonrasında korumak ve yardımcı olmak üzere etkili önlemlerin alınmasını ve uygulanmasını tavsiye etmiştir.¹⁶⁵ Çocuk Hakları Komitesi, çocukların

¹⁶²Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Zorla tahliyeler ve yeterli Konut hakkına ilişkin 7 Nolu Genel Yorum, BM Bel HRI/GEN/1/Rev.6 at 45 (2003), para 16(h).

¹⁶³CEDAW Komitesi, Kadınların Adalete erişimine ilişkin genel tavsiye, BM Bel CEDAW/C/GC/33 (2015), para. 36 ve 37.

¹⁶⁴CEDAW Komitesi, Kadınlara karşı şiddete dair 19 Nolu Genel Tavsiye, BM Bel A/47/38 (1992), para 24(e). Ücretsiz hukuki yardım sağlanması gereğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Ailede kadına karşı şiddet içeren kültürel uygulamalara ilişkin olarak Kadına Karşı şiddet özel Raportörünün Raporu, BM Bel E/CN.4/2002/83 (2002), para 116.

¹⁶⁵CEDAW Komitesi, 19 Nolu Genel tavsiyeyi güncelleyen kadınlara karşı cinsiyete dayalı şiddete ilişkin 35 Nolu Genel Tavsiye, BM Bel CEDAW/C/GC/35 (2017), para 40(c). Ayrıca bkz. CEDAW Komitesi, kadınların adalete erişimine ilişkin 33

“işletmeler aleyhine açacakları davalarda silahların eşitliğini sağlamak için adli yardıma, avukatlara ve adli yardım sağlayıcılarına erişimlerinin sağlanmasını” ve “Devletlerin, örneğin, dil veya engellilik nedeniyle veya çok genç oldukları için adalete erişimde zorluklarla karşılaşan çocuklara özel yardım sağlamasını” önermiştir.¹⁶⁶

Amerikalılar-arası Mahkeme, başvuru yolunun basit ve çocuklar¹⁶⁷ veya yerli topluluklar¹⁶⁸ gibi belirli grupların özel koşullarına uyarlanmış olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu, örneğin, her aşamada bir tercüman sağlanmasını gerektirebilir.¹⁶⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, bu başvuru yolunun süratli olması ve ilgili kişinin yasal temsile ve gerektiğinde ücretsiz adli yardıma erişiminin olması gerektiği görüşündedirler¹⁷⁰. Adli yardım aynı zamanda, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesinde, adalete etkili bir şekilde ulaşılmasını sağlamak için gerekli olduğu ölçüde güvence altına alınmıştır. Bu nedenle, zaten Avrupa bölgesinde yerleşik hale gelen, etkili bir başvuru yolunun Devlete, adalete erişim imkânı olmayan kişilere yardım etme pozitif ödevi yüklediği yönündeki görüşün uluslararası hukukta tanınma eğilimi vardır: bu yardım, ücretsiz adli yardım (çoğunlukla adalet sistemine erişim ve temsil edilme için parasal destek) veya bir avukat tarafından temsil edilme garantisi ve mahkeme ücretlerinin ödenmesi veya tahsilinden vazgeçilmesi şeklinde olabilir.¹⁷¹

Nolu Genel Tavsiye CEDAW/C/GC/33 (2015), para. 36-37.

¹⁶⁶Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 16, İş sektörünün çocuk hakları üzerindeki etkileriyle ilgili Devlet yükümlülükleri, BM Bel CRC/C/GC/16 (2013), para 68.

¹⁶⁷Yargısal Koşullar ve Çocukların İnsan Hakları, AAİHM, Danışma Görüşü, OC-17/02, 28 Ağustos 2002, Series A No. 17, para 98.

¹⁶⁸The Yakye Axa Indigenous Community Case, AAİHM, 17 Haziran 2005, Series C No. 125, paras 62 and 63.

¹⁶⁹Rosendo Cantú et al / Meksika, AAİHM, 31 Ağustos 2010, Series C No. 216, para 185.

¹⁷⁰Airey / İrlanda, AİHM, 9 Ekim 1979, Series A No. 32, para 33; AİHHK, Afrika'da Adil yargılanma hakkı ve adli yardıma ilişkin ilkeler ve esaslar, 2003, İlke H

¹⁷¹Andronicou and Constantinou / Kıbrıs, AİHM, 9 Ekim 1997, para 199; Aerts /

İhlali sona erdirme ve telafi sağlama

İnsan Hakları Komitesi, etkili çözümün ihlali sona erdirme, zararları telafi etme ve ihlallerin tekrar edilmesini önleme niteliklerini içermesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁷² Amerikalılar-arası Mahkeme, Afrika İnsan ve Halkları Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de benzer şekilde etkili bir başvuru yolunun giderim sağlama kapasitesine sahip olması gerektiğine karar vermişlerdir.¹⁷³

Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, özel hukuk çözümlerinin ve tazminat niteliğindeki çözümlerin etkili çözümün unsurları olduğu kanaatindedir.¹⁷⁴

İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi "mağdurun bedensel zarara uğramadığı, fakat aşağılanma, hakarete uğrama veya itibarına veya kişiliğine yönelik diğer saldırılara maruz kaldığı durumlar dahil olmak üzere, her davada mağdurun tazminat talebinin dikkate alınması gerektiğine" karar vermiştir.¹⁷⁵

Avrupa Mahkemesi, başvuru yolunun, itiraz edilen kararın iptaline olanak tanınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁶ Cezalandırma kararları-

Belçika, 30 Temmuz 1998, para 60; Amaç ve Okkan / Türkiye, AİHM, 20 Kasım 2007, para 66.

¹⁷²İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 31 Sözleşmeye taraf devletlere yüklenen hukuki yükümlülüklerin niteliği, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para 15.

¹⁷³Olağanüstü Hallerde Yargısal Güvenceler (Maddeler 27.2, 25 ve 8 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi), AAİHM, Danışma Görüşü OC-9/87, 6 Ekim 1987, Series A No. 9, para 24; AİHM: Silver / Birleşik Krallık, 25 Mart 1983, Series A No. 61, para 113; AİHHK Afrika'da adil Yargılanma Hakkı ve Adli Yardıma İlişkin İlkeler ve Esaslar, 2003, İlke C(a).

¹⁷⁴CEDAW Komitesi, Kadına Karşı Şiddete ilişkin Genel Tavsiye No. 19, BM Bel A/47/38 (1992), para 24(t).

¹⁷⁵B.J. / Danimarka, IAOK Komitesi Kararı 17/1999, BM Bel CERD/C/57/D/17/1999 (2000), para 6.2.

¹⁷⁶Keenan / Birleşik Krallık, AİHM, 3 Nisan 2001, Reports 2001-III, para 126.

na ilişkin olarak da Mahkeme, başvuru yolunun cezanın infazından önce kararın bozulması imkânı sağlaması gerektiğine karar vermiştir.¹⁷⁷

Soruşturma açılmasına olanak tanıma

Uluslararası insan hakları kuruluşları, etkili bir çözümün, derhal, kapsamlı, bağımsız ve tarafsız etkili bir soruşturma yapılmasını isteme hakkını da içerdiği görüşündedir.¹⁷⁸ Gerçekten de etkili bir adalet ve aynı zamanda telafi, gerçeklerin eksiksiz ve ayrıntılı bir şekilde araştırılmasını gerektirmektedir. Hızlı, eksiksiz, bağımsız ve tarafsız bir soruşturma yapılmasını talep hakkı 4. Bölümde tartışılmaktadır.

Yargısal bir çözüme olanak tanıma

BM Sözleşme Organları

İnsan Hakları Komitesi, çözümün yargı tarafından güvence altına alınabileceğini, ancak özellikle ihlal iddialarını soruşturmak için idari mekanizmalar da içerebileceğini belirtmiştir.¹⁷⁹ Bireysel

¹⁷⁷Ibid, para 127.

¹⁷⁸İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 31 Sözleşmeye taraf devletlere yüklenen hukuki yükümlülüklerin niteliği, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para 15.; L.K. / Hollanda, IAOK Komitesi Kararı, BM Bel CERD/C/42/D/4/1991 (1993), para 6.9; Habassi / Danimarka, IAOK Komitesi Kararı 10/1997, BM Bel CERD/C/54/D/10/1997 (1999), para. 9.3-10; Blake / Guatemala, AAİHM, 24 Ocak 1998, Series C No. 36, para 97; Villagrán Morales et al / Guatemala ("Sokak çocukları" davası), AAİHM, 19 Kasım 1999, para 225; Castillo Páez / Peru, AAİHM, 3 Kasım 1997, Series C No. 34, para 90; Yargısız İnfazlar ve Kişilerin Zorla Kaybedilmesi (Peru), AAİHM, Report No. 101/01, Case 10.247, 11 Ekim 2001, para 243; Riofrío Massacre (Kolombiya), AAİHM, Report No. 62/01, Case 11.654, 6 Nisan 2001, para 74; AK Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Önlenmesine İlişkin Rehber İlkeler, İlke V ve IV; Aksoy / Türkiye, AİHM, 18 Aralık 1996, Reports 1996-VII, para. 95-100. Soruşturma yapılmasını istemem hakkına ilişkin olarak bkz. aşağıda Bölüm 4.

¹⁷⁹İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 31 Sözleşmeye taraf devletlere yüklenen hukuki yükümlülüklerin niteliği, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004),

başvurulara ilişkin kararlarında Komite, Sözleşmenin ciddi şekilde ihlal edildiği hallerde yargısal yolların bulunması gerektiğinde sıkça ısrar etmiştir. *F. Birindwa ci Bithashwiwa ve E. Tshisekedi wa Mulumba* davasında, Devletin, başvuranlara Sözleşmenin 2/3 maddesi uyarınca etkili bir başvuru yolu sunması ve "özellikle de bu ihlallere bir mahkeme önünde etkili bir şekilde itiraz etme imkanı sağlaması gerektiğini" belirtmiştir.¹⁸⁰ Kolombiya aleyhindeki davalar bu bağlamda belirsizdir, çünkü mağdurların haklarını ara- mak için mahkemeye erişimi ile ilgili olmayıp, ihlallerden sorumlu kişilerin soruşturulması ve cezalandırılmasını içeren çözümlerle il- gildirler. Bu davalarda Komite, ciddi ihlallerde sadece disiplin veya idari yaptırımların yeterli olmadığına ve 2/3. maddede belirtilen hukuk yolunun yargısal nitelikte olması gerektiğine karar vermiş- tir.¹⁸¹

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, kadınların cin- siyete dayalı şiddetten etkin bir şekilde korunmasının, cezai yap- tırımlar, hukuk çözümleri ve telafi edici önlemler, önleyici ted- birler ve koruyucu önlemler de dahil olmak üzere etkili hukuki tedbirleri içerdiğini belirtmiştir.¹⁸² Çatışma sırasında veya çatışma sonrası bağlamlarda meydana gelen insan hakları ihlalleriyle ilgili olarak, Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, taraf Devletlerin "kamusal özür, kamusal anıtlar ve hakikat, adalet ve uzlaşma komisyonlarınca sağlanan ihlalin tekrarlanmaması güven- celeri gibi yargı dışı çözümlerin, faillerin soruşturmaları ve kovuş-

para 15.

¹⁸⁰F. Birindwa ci Bithashwiwa and E. Tshisekedi wa Mulumba / Zaire, İnsan Hakları Komitesi Kararı 241/1987, BM Bel CCPR/C/37/D/241/1987 (1989), para 14.

¹⁸¹Nydia Erika Bautista / Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi Kararı 563/1993, BM Bel CCPR/C/55/D/563/1993 (1993), para 8.2; José Vicente y Amado Villafañe Chaparro et al / Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi Kararı 612/1995, BM Bel CCPR/C/60/D/612/1995 (1997), para 8.2.

¹⁸²CEDAW Komitesi, Kadına Karşı şiddete ilişkin Genel Tavsiye No. 19, BM Bel A/47/38 (1992), para 24(t); Goecke / Austria, CEDAW Komitesi Kararı 5/2005, BM Bel CEDAW/C/39/D/5/2005 (2007), para.12.1-12.2.

turmalarının yerine kullanılmamasını sağlamaları” gerektiğini ve “kadına yönelik cinsel şiddet gibi toplumsal cinsiyete dayalı insan hakları ihlalleriyle ilgili af kanunu çıkarmamaları ve bu tür insan haklarını ihlallerinin yargılanmasında zamanaşımı uygulanmasını reddetmelerini” tavsiye etmiştir.¹⁸³

Çocuk Hakları Komitesi, “arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim gibi yargı dışı mekanizmaların çocuklar ve işletmelerle ilgili ihtilafların çözümünde yararlı alternatifler olabileceğini” ancak bu tür yolların varlığının “yargısal yollara başvuru hakkına hanel getirmeksizin” güvence altına alınması gerektiğini belirtmiştir. Komite, ayrıca öyle demiştir: “Her durumda mahkemelere erişim veya idari telafilerin veya diğer usullerin yargısal denetimi mevcut olmalıdır”.¹⁸⁴ Komite, -ulusal düzeydeki başvuru yollarının yeterliliğini sağlamanın bir aracı olarak-, uluslararası mekanizmalara erişimin sağlanması gerektiğini vurgulayarak ayrıca şöyle demiştir: “Devletin işletme iş ve faaliyetleri ile ilgili olarak çocukların haklarına yeterince saygı gösterme, koruma ve gerçekleştirme ödevini yerine getirmesi dolayısıyla çocukların bireysel ya da grup olarak ya da başkaları tarafından onların adına çözüm elde edebilmeleri için Devletler, bireysel başvuru usulüne ilişkin Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol de dahil olmak üzere, uluslararası ve bölgesel insan hakları mekanizmalarına erişimin kolaylaştırılması için her türlü çabayı göstermelidir”.¹⁸⁵

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, etkili bir başvuru hakkının yargısal veya idari nitelikte olabileceğini; idari telafilerin “erişilebilir, uygun maliyetli, hızlı ve etkili” olması gerektiğini; bazı çözümlerin yargısal başvuruyu gerektirebileceğini ve “yargı devre-

¹⁸³CEDAW Komitesi, Kadınların adalete erişimine ilişkin Genel Tavsiye No. 33, BM Bel CEDAW/C/GC/33 (2015), para 19(f).

¹⁸⁴Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 16, İş sektörünün çocuk hakları üzerindeki etkileriyle ilgili Devlet yükümlülükleri, BM Bel CRC/C/GC/16 (2013), para 71.

¹⁸⁵Ibid, para 72.

ye girmeden Sözleşmedeki bir hakkın tam olarak etkili olmasının mümkün olmadığı durumlarda yargısal başvuru yolunun gerekli olduğunu” belirtmiştir.¹⁸⁶

İşkenceye Karşı Komite, İKS’nin 14. maddesini hayata geçirmek için, Devletlerin “işkence ve kötü muamele mağdurlarına özel olarak etkili bir başvuru yolu ve yeterli ve uygun telafi elde etme hakkını sağlayan yasaları çıkarmaları gerektiği, bu yasaların bireylerin bu hakkını kullanmalarını ve yargısal yollara erişmelerini sağlaması gerektiğini” açıklamıştır.¹⁸⁷

Bölgesel sistemler

Amerikalılar-arası insan hakları sisteminde, yargısal çözüm hakkı, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesinin XVIII. maddesinde ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 25. maddesinde yer almaktadır. Bu açık hükümler ışığında, Amerikalılara-arası Mahkeme, ilk kararından bu yana mağdurların yargı yoluna başvuru hakkına sahip olmaları gerektiğini, “bu başvuru yollarının adil yargılanma ilkelerine uygun olarak kurulması ve işletilmesi gerektiğini (Madde 8/1)” belirtmektedir.¹⁸⁸ Bu nedenle, 8. maddenin adil yargılama gerekliliklerini 25. maddedeki başvuru yollarına uygulamaktadır.¹⁸⁹ Çözümün gerekleriyle ilgili olarak Amerikalılar-arası Mahkeme, “Yargı erkinin tarafsız karar vermek için gerekli

¹⁸⁶Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Sözleşmenin İç hukukta Uygulanmasına İlişkin 9 Nolu Genel Yorum, BM Bel E/C.12/1998/24 (1998), para 9.

¹⁸⁷İşkenceye Karşı Komite, 14. Maddenin Taraf Devletlerce Uygulanmasına İlişkin 3 Nolu Genel Yorum, BM Bel CAT/C/GC/3 (2012), para 20.

¹⁸⁸Velásquez Rodríguez / Honduras, AAİHM, İlk İtirazlar, 26 Haziran 1987, Series C No. 1, para. 91; Olağanüstü Hallerde Yargısal Güvenceler (Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Maddeler 27.2, 25 ve 8), AAİHM, Danışma Görüşü, OC-9/87, 6 Ekim 1987, Series A No. 9, para 24.

¹⁸⁹Bámaca Velásquez / Guatemala, AAİHM, 25 Kasım 2000, Series C No. 79, para. 184-196; Juan Humberto Sánchez / Honduras, AAİHM, 7 Haziran 2003, Series C No. 99, para. 114-136; Myrna Mack Chang / Guatemala, AAİHM, 25 Kasım 2003, Series C No. 101, para. 159-218; Maritza Urrutia / Guatemala, AAİHM, 27 Kasım 2003, Series C No. 103, para 111.

bağımsızlığa sahip olmadığı ya da kararlarını uygulatacak araçlara sahip olmadığı takdirde; veya kararın gereksiz yere aşırı gecikmesi gibi adaleti ortadan kaldıran diğer durumlarda; veya herhangi bir nedenden ötürü, mağdurun yargı yoluna başvurmasına izin verilmemesi durumunda " başvuru yolunun etkisiz olduğunu tespit etmektedir.¹⁹⁰

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, Afrika'da Adil Yargılanma ve Hukuki Yardım Haklarına İlişkin İlke ve Esaslarında, etkili bir başvuru hakkını yorumlamıştır. Şöyle demektedir: "Fiillerin resmi yetkili kişiler tarafından işlenip işlenmediğine bakılmaksızın, herkesin, anayasa, yasa veya Şart tarafından tanınmış haklarını ihlal eden fiiller aleyhine *yetkili ulusal mahkemeler* önünde etkili bir başvuru hakkı vardır" (vurgu eklenmiştir).¹⁹¹ Dolayısıyla, Afrika Komisyonu, etkili bir başvuru yolunun, yargı yolu anlamına geldiği görüşündedir.

Avrupa Mahkemesi, 13. maddede yer alan başvuru hakkının her durumda yargı yoluna başvuruyu gerektirmediğine karar vermiştir.¹⁹² Bununla birlikte, başvurunun kapsamının, hakkın niteliğine göre değiştiği görüşündedir.¹⁹³ İşkence veya yargısız infaz gibi ağır ihlallerin gerçekleştirildiği hallerde, çözümün yargısal nitelikte olması gerektiği sonucuna varılabilir. 13. madde aynı zamanda mahkeme kararlarının yetkililer tarafından yerine getirilmesini zorunlu

¹⁹⁰Olağanüstü Hallerde Yargısal Güvenceler, AAİHM, Danışma Görüşü, OC-9/87, 6 Ekim 1987, Series A No. 9, para. 24.

¹⁹¹AİHHK, Afrika'da Adil Yargılanma Hakkı ve Adli Yardıma ilişkin İlke ve Esaslar, 2003, İlke C(a). Ayrıca bkz. The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nijerya, AİHHK, Karar 155/96 (2001), para 61, Komisyon, Devletin "hukuki çözümleri" sağlaması gerektiğine karar vermiştir.

¹⁹²Silver / Birleşik Krallık, AİHM, 25 Mart 1983, Series A No. 61, para 113.

¹⁹³Chahal / Birleşik Krallık, AİHM, 15 Kasım 1996, Reports 1996-V, para. 150-51; Aksoy / Türkiye, AİHM, 18 Aralık 1996, Reports 1996-VI, para. 95; Aydın / Türkiye, AİHM, 25 Eylül 1997, Reports 1997-VI, para 103; Kaya/Türkiye, AİHM, 19 Şubat 1998, Reports 1998-I, para 106; Keenan / Birleşik Krallık, AİHM, 3 Nisan 2001, Reports 2001-III, para 123.

kılar.¹⁹⁴ Bu kararlardan, Mahkeme tarafından talep edilen başvuru yolunun, yargısal bir başvuru yoluna yaklaştığı görülmektedir. Bunun ötesinde, Mahkeme AİHS'in 6. Maddesinin bireylere yalnızca adil yargılanma hakkı değil, aynı zamanda "medeni haklarının ve yükümlülüklerinin veya aleyhindeki bir suç ithamının belirlenmesinde" mahkemeye erişim hakkı tanıdığını belirtmiştir.¹⁹⁵ Bunun anlamı, ulusal hukukta medeni hak niteliğinde bir başvuru hakkı varsa, 6. maddenin bu başvurulara uygulanması gerektiğidir.

Avrupa Birliği bölgesinde, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesi, yargı yoluna başvuru hakkının, Avrupa hukukunun genel ilkelerinin bir parçasını oluşturduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu hak, birincil¹⁹⁶ ve ikincil AB mevzuatı¹⁹⁷ uygulamalarında ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın (ECJ)¹⁹⁸ kararlarında, kris-

¹⁹⁴Iatridis / Yunanistan, AİHM, 15 Mart 1999, Reports 1999-II, para 66.

¹⁹⁵Golder / Birleşik Krallık, AİHM, 21 Şubat 1975, Series A No. 18, para 36 [medenî hak ve yükümlülüklerle ilgili mahkemeye erişim hakkı]; Holy Monasteries / Yunanistan, AİHM, 9 Aralık 1994, Series A No. 301-A, pp.36-37, para 80 [mülkiyet hakkına müdahaleler dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı]; Tomasi / Fransa, AİHM, 27 Ağustos 1992, Series A No. 241-A, para. 121-22 [devlet ajanları tarafından yapılan kötü muameleler için AİHS'in 6. Maddesine göre mahkemeye erişim hakkı].

¹⁹⁶Avrupa Toplulukları Anlaşması, Madde 230.

¹⁹⁷Kadın ve erkeklere eşit ücret ödenmesi ilkesinin uygulanması konusunda üye Devletlerin haklarının uyumlulaştırılmasına ilişkin 9 Şubat 1976 tarihli 75/117/EEC ve Konsey Direktifi, Madde 2; İstihdama erişim, mesleki eğitim ve terfi ve çalışma koşulları ile ilgili olarak kadın ve erkeklere eşit muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207 / EEC sayılı Konsey Direktifi, Madde 6; Sosyal güvenlik konularında kadın ve erkeklere eşit muamele ilkesinin kademeli olarak uygulanmasına ilişkin 19 Aralık 1978 tarih ve 79/7 / EEC sayılı Konsey Direktifi, Madde 6; Sosyal güvenlik programlarında kadın ve erkeklere eşit muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin 24 Temmuz 1986 tarih ve 86/378 / EEC sayılı Konsey Direktifi, Madde 10; Tarım da dahil olmak üzere, kendi işinde çalışan kadın ve erkekler arasında eşit muamele ilkesinin uygulanması ve kendi işinde çalışan kadınların hamilelik ve annelik dönemlerinde korunmasına ilişkin 11 Aralık 1986 tarihli Konsey Direktifi Madde 9.

¹⁹⁸Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, AAD, Case 222/84, 15 Mayıs 1986, para 18; Union nationale des entraîneurs et cadres

talize hale gelmiştir. Mahkemenin, mahkemeye erişim ilkesini, Topluluk Hukukunun genel bir ilkesi olarak nitelemesi, bunu bağlayıcı bir hukuk kaynağı haline getirmesi dolayısıyla önemlidir. Bu, Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38/1-c maddesinde yer alan “uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkeleri” kavramına benzetilebilir. Yargı yoluna başvuru hakkının bu şekilde kabulü, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 47. Maddesinin hazırlanmasına yol açmıştır, madde şöyledir:

“Birlik hukuku tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak bir mahkeme önünde etkili bir başvuru hakkına sahiptir.”

Aralık 2009’da Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesiyle, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, AB kurumları ve organları ve AB yasalarını uygularken AB Üye Ülkeleri için bağlayıcı hale gelmiştir.¹⁹⁹

Uluslararası Adalet Divanı

Son olarak, bir yargı yoluna başvuru hakkı üzerindeki etkisi dolayısıyla Uluslararası Adalet Divanı içtihadına değinilmelidir. Bu konuda ilgili kararlar *LaGrand Davası* ve *Avena ve diğer Meksika Vatandaşları Davasıdır*. Bu kararlarda, Uluslararası Adalet Divanı, Amerika Birleşik Devletleri’nin, daha sonra idam cezasıyla karşı karşıya kalan yabancı uyrukluların konsolosluk koruma hakkını ihlal ettiğini tespit etmiştir. Uluslararası Adalet Divanı, bu gibi durumlarda bir özrün yeterli olmadığını, fakat Devletin hem cezayı hem de mahkumiyeti gözden geçirmesi ve yeniden değerlendirmesi gerektiğini vurgulamıştır.²⁰⁰ Gözden geçirme ve yeniden de-

techniques professionnels du football (Unectef) / Georges Heylens and others, AAD, Case 222/86, 15 Ekim 1987, para 14 (alıntı çıkarılmıştır); Oleificio Borelli SpA / Commission of the European Communities, AAD, Case C-97/91, 3 Aralık 1992, para 14.

¹⁹⁹Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Madde 51.

²⁰⁰*Avena ve diğer Meksika Vatandaşları* (Meksika / ABD), UAD, 31 Mart 2004, para. 131, 138. Bu karar daha önceki *LaGrand Davası* (Almanya / ABD), (2001) ICJ Reports 514, para 125 kararını açıklamaktadır.

ğerlendirme, "ihlali izleyen cezai süreçlerden kaynaklanan ihlalin hukuki sonuçları sorununu" içeren ihlalleri dikkate almak zorundadır.²⁰¹ Mahkeme, "bu göreve uygun olanın yargısal süreçler" olduğuna karar vermiştir.²⁰² Mahkeme af yargılamasının (ABD ceza sisteminde geçerli olan yürütmenin bir suçlunun cezasını kaldırma ya da azaltmasına olanak tanıyan bir süreç, ç.n.) ihlali tam olarak incelemeyi ve dikkate almadığı için bu gereklilikleri yerine getirmediğine karar vermiştir.²⁰³ 2009 yılında, Mahkeme, "mahkumiyetleri ve cezaları gözden geçirme ve yeniden değerlendirme yükümlülüğünün",²⁰⁴ "koşulsuz"²⁰⁵ olarak gerçekleştirilmesi gereken bir sonuç yükümlülüğü olduğunu teyit etmiştir. UAD kararının sonucu olarak, yasadışı cezai işlemlere yol açan uluslararası hukuk ihlalleri durumunda hem cezanın hem de mahkumiyetin yargısal incelemeye ve yeniden değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Benzer şekilde ciddi sonuçları olan ağır insan hakları ihlalleri durumunda, bireyin bu ihlallerin sonuçlarını yargı önünde inceletme hakkına sahip olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Çözümün niteliği, söz konusu olan haklara bağlı olarak değişir. Bahsedilen anlaşmalardan ve içtihatlardan açıkça anlaşıldığı üzere, ağır insan hakları ihlali durumunda, Devletlerin yargısal nitelikte bir başvuru yolu sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.

²⁰¹Ibid, para 131.

²⁰²Ibid, para 140.

²⁰³Ibid, para. 138 ve 143

²⁰⁴Ibid, para 153(9).

²⁰⁵Avena ve diğer Meksika Vatandaşları (Meksika / ABD) davasına ilişkin 31 Mart 2004 tarihli kararın yorumlanması talebi, UAD kararı, 19 Ocak 2009, para 44.

Kamu otoritelerinin kararlara uyması ve uygulaması

Son olarak, etkili bir başvuru yolunun, verilen kararlara diğer kamu makamlarınca uyulmasını gerektirdiği vurgulanmalıdır. Yargı erki kararlarının yerine getirilmesini sağlayacak araçlardan yoksunsa, başvuru yolunun etkili olduğu kabul edilemez.²⁰⁶ Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, "hükmedilen herhangi bir çözümün yetkili makamlarca uygulanması gerektiğini" ve "aleyhine yargısal emir veya başka bir çözüme hükmedilmiş olan her Devlet organının bu kararlara tam olarak uyması gerektiğini" belirtmiştir.²⁰⁷ Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Konseyinin Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Kılavuz İlkeleri de kararların uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.²⁰⁸

3.4. Telafi talep etmeye ilişkin çözüm hakkı

Uluslararası hukukta güvence altına alınan çözümlerin bir alt kategorisi telafi talep etme hakkıdır. Adil ve yeterli bir telafi sağlanması için bu çözüm esastır: uluslararası insan hakları hukuku, yalnızca maddi (malî) tazminat hakkı vermekle kalmaz, aynı zamanda bu hakkı elde edebilmek için Devletlere iç hukuklarında başvuru yolunu tanıma ödevi de yükler. Hukuka aykırı tutuklamalar için tazminat hakkı tanınmasında durum budur. Aslında, UMSHS'nin 9/5 maddesinde "yasadışı olarak tutuklama veya gözaltına alma mağduru olan herkes *uygulanabilir* bir tazminat hakkına sahiptir" kuralı yer almaktadır (vurgu eklenmiştir).²⁰⁹ Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, *B.J. v Danimarka* davasında ırk ay-

²⁰⁶Olağanüstü Hallerde Habeas Corpus, AAİHM, Danışma Kararı, OC-9/87, 6 Ekim 1987, Series A No. 9, para 24.

²⁰⁷AİHHK, Afrika'da Adil Yargılanma Hakkı ve Adli Yardıma İlişkin İlkeler ve Esaslar, 2003, İlke C. Ayrıca Bkz. Antoine Bissangou / Kongo Cumhuriyeti, AİHHK Kararı 253/2002 (2006), para 75.

²⁰⁸Acevedo Jaramillo ve diğerleri/Peru, AAİHM, 7 Şubat 2006, Series C No. 144, para. 216-220; Hornsby /Yunanistan, AİHM, 19 Mart 1997, Reports 1997-II, para 40, AK Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Rehber İlkeler, İlke XI.

²⁰⁹Bazı formüller AİHS m. 5/5 ve Uluslararası Ceza Mahkemesine İlişkin Roma Statüsünün 85/1 maddesinde bulunabilir.

rimciliğine karşı etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının (Madde 6), Devletlerin, tazminat talebinin ele alınacağı bir başvuru yolu sağlama yükümlülüğünü içerdiğini belirtmiştir.²¹⁰ Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde tazminat talep etme çözüm hakkı, yalnızca hukuka aykırı tutma dolayısıyla AİHS'nin 5/5. maddesinde değil, aynı zamanda etkili bir başvuru hakkını güvence altına alan 13. maddede de yer almaktadır.²¹¹ Bu içtihat, AK'nin, Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Önlenmesi Rehberine (Rehber XVI) yansıtılmıştır. Şöyle denilmektedir: "Devletler, ciddi insan hakları ihlallerinin mağdurlarının hızlı ve yeterli telafi elde etmelerini sağlayacak, erişilebilir ve etkili mekanizmalar oluşturmak için tüm uygun önlemleri almalıdır".

Mahkeme ayrıca, tazminat talebinde bulunmak için ulusal hukukta bir hukuk yolunun mevcut olduğu durumlarda, bu çözümün AİHS'nin 6. maddesi anlamında bir medeni hak teşkil ettiğini ve bu nedenle öngörülen usulün bu maddede belirtilen adil yargılanma standartlarına uyması gerektiğini açıkça belirtmiştir.²¹²

Özet

Uluslararası hukuk, Devletlerin, insan haklarının ihlal edildiğini iddia eden herkes için etkili bir çözüm sağlaması gerektiğini öngörmektedir. Bu başvuru yolunun herkesçe bilinir hale getirilmesi gerekir ki, böylece tüm insanlar herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmadan başvuru yolundan yararlanabilirler. Söz konusu yolun etkili olabilmesi için, vakayı soruşturmaya ve karara bağlamaya yetkili makamın bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı kapsamında, garanti edilen çözüm açıkça, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin 8. maddesine tekabül eden yargısal bir başvuru yoludur. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu da açıkça, bireylerin insan hakları ihlali iddialarını mahkeme önüne götürme olanağına sahip olmaları gerektiğini belirtmiştir. Birleşmiş Milletler antlaşmaları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi söz konusu ol-

²¹⁰B.J. / Danimarka, IAOKK, Komite Kararı 17/1999, UN Doc CERD/C/56/D/17/1999 (2000), para 6.2.

²¹¹Aksoy / Türkiye, AİHM, 18 Aralık 1996, Reports 1996-VI, para 98.

²¹²Tomasi/ Fransa, AİHM Kararı, 27 Ağustos 1992, Series A No. 241-A, para 121-122.

duğunda, başvuru yolunun mutlaka yargısal nitelikte olması gerekli değildir. Bununla birlikte, İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru yolunun iddia edilen ihlale uygun olmasını talep etmekte hemfikirdir. Bu anlamda, İnsan Hakları Komitesi, ağır insan hakları ihlalleri için yargısal yollara başvurulmasını zorunlu kılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pratikte yalnızca yargı yolunun yerine getirebileceği şartlar geliştirmiştir.

Her olayda, çözüm (başvuru yolu) pratik ve etkili olmalı, hayali olmamalıdır:

- Etkili, hızlı ve erişilebilir olmalıdır.
- Bağımsız bir makam önünde bir başvuru yolu olmalıdır.
- Mağdurun, hukuki danışmana erişimi olmalı ve gerektiğinde ücretsiz adli yardımdan yararlanabilmelidir.
- Başvuru yolu, telafi ve tazminatı da içerecek şekilde çözüm sağlamaya elverişli olmalıdır.
- Hızlı, etkili ve tarafsız bir soruşturma yapılmasını isteme hakkı, çözümün (başvuru yolunun) bir parçasıdır.
- Çözüm, hızlı ve yetkili makamlar tarafından uygulanabilir olmalıdır.
- Yargı dışı yolların mevcudiyetine ve bazı durumlarda istenilir olup olmadığına bakılmaksızın, yargısal yollara erişim her zaman mümkün olmalıdır.

4. Soruşturma yapılmasını isteme hakkı

Devlet makamları, insan hakları ihlallerini ciddi bir şekilde soruşturmadığı, soruşturmaları kasten çarpıttığı ya da gerçekleri gizlediği takdirde, çözüm (başvuru) hakkı etkin bir şekilde garanti edilemez. Soruşturma yapılmasını isteme hakkı, mağdurların veya akrabalarının soruşturmaya etkili bir şekilde katılma hakkı ve insan hakları ihlalini çevreleyen tüm gerçekler hakkındaki gerçeği bilme hakkı, başvuru hakkının kritik unsurlarıdır. Uluslararası yargısal kararlar ve uygulama tarafından kabul edilen bu unsurlar bir soruşturmanın etkili olması için yerine getirilmesi gereken anahtar kriterler olarak geliştirilmiş ve açıklığa kavuşturulmuştur.

BM sistemi içinde, işkence, diğer kötü muameleler ve yargısız, hukuksuz ya da keyfi infazlar ve diğer yasadışı cinayetlerin soruşturulmasına ilişkin standartları ortaya koyan daha spesifik ilkeler geliştirilmiştir. Dolayısıyla bu ilkeler, uluslararası ve yerel otoriteler için rehber niteliğindedir.

Bu bölümde, farklı uluslararası organların uygulamaları ve içtihatları ele alınmaktadır, zira bunlar yalnızca etkili soruşturmalar yapmak için değil, aynı zamanda hakikati ortaya çıkarmak ve nihai olarak da sorumluların kovuşturulması ve cezalandırılması için temel bir dayanak teşkil etmektedir.

Belli bir insan hakları ihlalini işleyen kişi veya kişilerin kimliğinin çoğunlukla belli olmadığı ve soruşturma yapılmasının temel nedenlerinden birinin bu olduğu belirtilmelidir. Sıklıkla, kamu otoriteleri insan hakları ihlaline karıştıklarını reddeder. İhlaller, fiilî (de facto) veya hukuki (de jure) Devlet görevlilerince gerçekleştirilebilir veya Devletin yetkilendirilmesi, rızası ya da iş birliği ile özel kişilerin fiillerinden kaynaklanabilir. Uluslararası insan hakları hukuku uyarınca, Devletlerin insan haklarına saygı gösterilmesini sağlama ve bu tür haklara müdahaleler ister Devlet ajanlarının isterse özel kişilerin eylemleri sonucu gerçekleşsin ihlalleri önleme konusunda pozitif ödevi vardır. Bu görevin ışığında, uluslararası içtihat, soruşturma yapılmasını isteme hakkının, Devlete atfedilemeyen hukuk dışı öldürmeler veya insan haklarından yararlanmayı etkileyen diğer fiiller bakımından da geçerli olduğunu tespit etmiştir. Bu

durumlarda soruşturma yapma yükümlülüğü, Devletin kendi yetki alanı dahilindeki tüm bireyleri, insan haklarından yararlanmasını engelleyebilecek veya bozabilecek özel kişilerce işlenmiş davranışlardan koruma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır.²¹³

4.1. Soruşturma Yapılmasını İsteme Hakkının Hukuki Kaynakları

Hızlı, kapsamlı, bağımsız ve tarafsız bir soruşturma yapılmasını isteme hakkı- yani etkili bir soruşturma hakkı- birçok uluslararası hukuk belgesinde bulunabilir ve uluslararası yargısal içtihatlarla daha da geliştirilmiştir.

Uluslararası Sözleşmeler ve Bildirge Niteliğindeki Belgeler

Hızlı, etkili, bağımsız, bağımsız ve tarafsız bir soruşturma yapılmasını isteme hakkına yönelik en açık atıflara çoğunlukla işkence ve diğer kötü muamele yasağı ile ilgili anlaşmalarda ve belgelerde rastlanmaktadır Mesela İşkenceye Karşı Sözleşmenin 12. Maddesi şöyledir: "Her taraf Devlet, kendi yetkisi altındaki ülkelerde bir işkence eyleminin işlendiğine inanmak için makul bir dayanak ol-

²¹³İnsan Hakları Komitesi, Sözleşmeye Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüğün Niteliği Hakkında 31 No'lu Genel Yorum, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para 8; Velásquez Rodríguez / Honduras, AAİHM, 29 Temmuz 1988 tarihli karar, Series C No. 4, para. 172; Kawas-Fernández / Honduras, AAİHM, 3 Nisan 2009 tarihli Karar, Series C No. 186, para 78; González et al ("Pamuk tarlası") v Meksika, AAİHM, 16 Kasım 2009 tarihli Karar, Series C Serisi No. 205, para. 287-294; Pedro Peredo Valderrama (Meksika), AAİHK, 13 Nisan 2000, para. 41 vd.; Maria Da Penha Maia Fernandes (Brezilya), AAİHK, Rapor No. 54/01, Dava 12.051, 16 Nisan 2001, para. 37 vd.; AAİHK, Ciudad Juárez, Meksika'daki Kadın Haklarının Durumuna İlişkin Rapor: Şiddetten ve Ayrımcılıktan Uzak Olma Hakkı, OEA / Ser.L / V / II.117 Doc. 44, 7 Mart 2003, para. 131 vd.; Ergi / Türkiye, AİHM, 28 Temmuz 1998 tarihli karar, Reports 1998-IV, para. 82; Opuz / Türkiye, AİHM, 9 Haziran 2009 tarihli karar, para. 150; Rantsev / Kıbrıs ve Rusya, AİHM, 7 Ocak 2010, para. 232; Zimbabwe Human Rights NGO Forum / Zimbabwe, AİHHK Kararı 245/2002 (2006), para 160; Association of Victims of Post Electoral Violence and Interights / Kamerun, AİHHK Kararı 272/2003 (2010), paragraf 90.

duğu her halde, yetkili mercilerin derhal ve tarafsız bir soruşturma yürütülmesini sağlayacaktır".²¹⁴ İşkencenin soruşturulması görevi geliştirilmiş ve soruşturma yöntemleri ve gereklilikleri Genel Kurul tarafından Aralık 2000'de nerilen İşkencenin Soruşturulmasına Dair Birleşmiş Milletler Prensiplerinde ortaya konulmuştur.²¹⁵

Soruşturma yapılmasını isteme hakkı ayrıca zorla kaybetmelere ilişkin belgelerde de açıkça görülmektedir. Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Sözleşmesinin 3. maddesi uyarınca, Devletler zorla kaybedilmeleri soruşturacak ve sorumluları adalet önüne getirecektir. 12. madde soruşturma görevini daha da detaylandırmaktadır. Bir taraftan, Devletler "bir kişinin zorla kaybedildiğini iddia eden herhangi bir bireyin, iddiaları derhal ve tarafsız bir Şekilde inceleyecek ve gerektiğinde, kapsamlı ve tarafsız bir soruşturma yürütecek olan yetkili makamlara bildirme hakkına sahip olmasını sağlayacaktır". Diğer yandan, Devletler: "Bir kişinin zorla kaybedilmeye maruz kaldığına inanmak için makul nedenlerin bulunması halinde" resmi bir Şikâyet olmasa bile soruşturma yapmalıdır.

Benzer Şekilde, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Deklarasyonu'nun 13. maddesi, diğerlerinin yanı sıra, "Her Devlet, bir kişinin zorla kaybedilmeye maruz kaldığı bilgisine sahip olan ya da herhangi bir kimsenin kaybedilmeye maruz kaldığını ileri sürmekte meşru menfaati olan kişilerin yetkili ve bağımsız bir Devlet merciine Őikyette bulunma ve söz konusu merciin bu Őikyeti derhal, kapsamlı ve tarafsız bir Şekilde soruşturmasını isteme hakkına sahip olmasını sağlayacaktır".

²¹⁴Ayrıca bkz. Bütün Kişilerin İşkenceye ve diğer Zalimane, İnsanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezalara karşı Korunmasına İlişkin Deklarasyon, Madde 9; ve İşkenceyi nleme ve Cezalandırmaya İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşme, Madde 8.

²¹⁵Genel Kurul kararı 55/89 (2000).

Aynı şekilde, 1993 tarihli Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programının 62. maddesi, "bütün devletlerin, kendi yetki alanlarında bir zorla kaybedilmenin gerçekleştiğine inanmak için bir sebep olduğunda, her koşulda soruşturma yapma ödevi olduğunu" kabul eder.

Soruşturma ödevi ayrıca yaşam hakkı ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlalleri ile ilgili olarak da mevcuttur. Mesela, Yargısız İnfazlara Dair Birleşmiş Milletler İlkelerin 9. İlkesi, "hukuk dışı, keyfi ve yargısız infaz şüphesinin olduğu tüm olayların kapsamlı, derhal ve tarafsız bir şekilde soruşturulması gerekir" hükmünü içermektedir.²¹⁶ Keyfi tutuklamalara ilişkin olarak, örneğin, KTÇG'nun Habeas Corpus'a İlişkin Temel İlkeler ve Esaslarının 15. Maddesi, diğerlerinin yanı sıra, şöyle demektedir: "Devletler, tutukluluğun keyfi olduğuna inanmak için makul bir nedenin olduğu durumlarda, derhal, etkili ve tarafsız soruşturmalar yapacaklardır".²¹⁷

Diğer Birleşmiş Milletler Bildirgeleri soruşturma yükümlülüğünün zorunlu olarak belirli bir nedene veya ihlale bağlı olmadığını, ancak tüm ihlallere uygulanacağını açıkça belirtmektedir. Örneğin, İnsan Hakları Savunucuları Bildirgesi'nin 9 (5) Maddesi şu hükmü içermektedir: "Devlet, kendi yargı yetkisi altındaki herhangi bir bölgede insan haklarının ve temel özgürlüklerinin ihlal edildiğine inanmak için makul nedenlerin bulunduğu her olayda hızlı ve tarafsız bir soruşturma yürütecek veya araştırma yapılmasını sağlayacaktır".

²¹⁶Ayrıca bkz: Herhangi Bir Gözaltı veya Hapsedilme halinde bütün Kişilerin Korunmasına İlişkin İlkeler Bütünü, İlkeler 7 ve 34; Özgürlüklerinden Yoksun Bırakılan Gençlerin Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları, İlke 57; Güvenlik görevlilerinin kuvvet ve ateşli silah kullanımına ilişkin BM Temel İlkeleri, İlke 23.

²¹⁷Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan her kişinin mahkemeye başvurma hakkına dair temel İlkeler ve Esaslar, BM Bel WGAD/CRP.1/2015 (2015), İlke 15 (Çözümler ve Telafiler) para 43.

Uygulama ve İctihat

Her ne kadar tüm insan hakları belgeleri, ihlalleri soruşturma zorunluluğuna açıkça atıfta bulunmasa da tüm insan hakları organlarının yorumlarının oybirliğiyle ortaya koyduğu üzere, aynen tüm insan hakları ihlalleri için etkili bir çözüm hakkı olduğu gibi, tüm insan hakları ihlalleri için hızlı, etkili, tarafsız ve bağımsız bir soruşturma yapılmasını isteme hakkı bulunduğu açıktır. İlâveten, kapsamlı bir soruşturma yapılmasının, etkili bir çözümün ilk unsuru olduğu açıktır, zira, yukarıda açıklandığı gibi, etkili bir çözüm, gerçeklerin kapsamlı bir şekilde soruşturulmasını gerektirir. Bu, adil ve etkili bir çözüm hakkının bir unsuru olarak Devletlerin soruşturma yapma zorunluluğunu tanımlayan, cezasızlık meselesine ilişkin Alt Komisyonun Özel Raportörü tarafından vurgulanmıştır.²¹⁸

BM İnsan Hakları Konseyi, İnsan Hakları Komisyonu ve Özel Usuller

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi ve selefi olan İnsan Hakları Komisyonu, devletlerin ağır insan hakları ihlali iddiaları, özellikle hukuk dışı, yargısız veya keyfi infazlar, zorla kaybedilmeler ve işkence iddialarına ilişkin etkili, kapsamlı ve tarafsız bir soruşturma yapma yükümlülüğünü defalarca vurgulamışlardır.²¹⁹ . İşkence

²¹⁸İnsan Hakları İhlallerinin Faillerinin Cezasızlığı Sorununa İlişkin Özel Raportörün Raporu (Sivil ve Siyasi), BM Bel E / CN.4 / Sub.2 / 1997/20 / Rev1 (1997), paragraf 27.

²¹⁹Örneğin bkz., İnsan Hakları Konseyi kararları: 17/5 (2011), para. 4 (Hukuk dışı, keyfi veya yargısız infazlar); 10/24 (2009), para. 6-7 ve 11 (işkence); 21/4 (2012), para. 18 (b)- (f) (zorla kaybedilme). Ayrıca bakınız İnsan Hakları Komisyonu Kararları: 2003/32 (işkence), para. 8; 2003/53, para. 4-5 (hukuk dışı yargısız ve keyfi infazlar); 2003/72, para 8 (cezasızlık); 2003/38, paragraf 5 (c) (zorunlu ya da irade dışı ortadan kaybolmalar), eski kararları aynı gereklilikleri yeniden dile getirmektedir.

Özel Raportörü,²²⁰ Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörü,²²¹ Hâkim ve Avukatların Bağımsızlığı İçin Özel Raportör,²²² Hukuk dışı, Yargısız ve Keyfi İnfazlar Özel Raportörü²²³ ve Zorla ya da İrade Dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu gibi çok sayıda özel prosedür, Devletlerin, güvenilir insan hakları ihlali iddialarına ilişkin etkili so- ruşturmalar yapma ödevinin altını çizmişlerdir.²²⁴

BM Sözleşme Organları

1982’de, İnsan Hakları Komitesi, UMSHS’nin 6. Maddesine ilişkin 6 No’lu Genel Yorumunda, “Devletlerin, yaşam hakkı ihlali teşkil edebilecek koşullarda kaybolmuş veya kaybedilmiş kişilerin iddi- alarını kapsamlı bir şekilde soruşturacak etkili mekanizmalar ve usuller kurması gerektiğini” belirtmiştir.²²⁵ Bir yıl sonra, *Almeida de Quinteros* davasında, Komite, Devletin, kaybedilen kişiye “ne olduğunu” tespit etmesi ve serbest bırakılmasını sağlaması gerek-

²²⁰İşkence Özel Raportörü Raporu, BM Bel E / CN.4 / 2003/68 (2002), öneri (k); İşkence Özel Raportörü Raporu, BM Bel A / HRC / 13/39 (2010), para.77 (a).

²²¹Kadına karşı şiddet Özel Raportörünün aile içinde kadına yönelik şiddet içeren kültürel uygulamalara ilişkin Raporları: BM Bel E / CN.4 / 2002/83 (2002), para 124; ve BM Bel A / HRC / 11/6 / Ek. 5 (2009), paragraf 66.

²²²Yargıç ve avukatların bağımsızlığına ilişkin Özel Raportörün Guatemala göre- vine ilişkin Raporu, BM Bel E / CN.4 / 2002/72 / Ek.2 (2001), öneri (a); Yargıç ve avukatların bağımsızlığına ilişkin Özel Raportörün Peru görevine ilişkin Raporu, BM Bel E / CN.4 / 1998/39 / Ek 1 (1998), paragraf 131; Yargıç ve avukatların bağımsızlığına ilişkin Özel Raportörün Meksika görevine ilişkin Raporu, BM Bel E / CN.4 / 2002/72 / Add.1 (2002), tavsiyeler (b), (j), (k) ve (p).

²²³Hukuk dışı, yargısız ve keyfi infazlar Özel Raportörünün Raporu, BM Bel E / CN.4 / 1997/60 (1997), para. 46; Hukuk dışı, yargısız ve keyfi infazlar Özel Raportörünün Brezilya görevine ilişkin Raporu, BM Bel E / CN.4 / 2004/7 / Add.3 (2004), para. 55-64; ve Hukuk dışı, yargısız ve keyfi infazlar Özel Raportörünün Raporu, BM Bel A / HRC / 14/24 (2010), para. 53.

²²⁴Bkz., diğerlerinin yanı sıra, Zorunlu ve İstemsiz Kayıplar Çalışma Grubu Raporu, BM Bel E / CN.4 / 2003/70 (2003) ve Corr.1, para. 27.

²²⁵İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 6, Madde 6, BM Bel HRI\GEN\1\ Rev.1 at 6 (1994), para 4.

tiğini belirtmiştir.²²⁶ Daha sonra, bu yükümlülüğü, Sözleşme'nin 2. (3) maddesinde güvence altına alınan etkili bir çözüm sağlama yükümlülüğünün altında toplamıştır.²²⁷ Benzer şekilde, UMSHS'ye taraf Devletlerin işkence ve diğer kötü muamele iddialarını soruşturmakla ödevi olduğuna karar vererek²²⁸ şöyle demiştir: "Etkili bir çözüm sağlamak için şikayetlerin yetkili makamlarca derhal ve tarafsız bir şekilde soruşturulması gerekir"²²⁹. Polisin aşırı güç kullandığı iddiaları da soruşturulmalıdır.²³⁰ İnsan Hakları Komitesi, devlet raporlarına ilişkin sonuç gözlemlerinde düzenli olarak Devletlerin, insan hakları ihlallerini soruşturma ödevini hatırlatmaktadır.²³¹

²²⁶Almeida de Quinteros et al / Uruguay, İnsan Hakları Komitesi Kararı 107/1981, BM Bel CCPR/C/19/D/107/1981 (1983), para 138.

²²⁷Bkz., diğerlerinin yanı sıra: Nydia Erika Bautista / Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi Kararı 563/1993, BM Bel CCPR/C/55/D/563/1993 (1995), para 8.6; Celis Laureano / Peru, İnsan Hakları Komitesi Kararı 540/1993, BM Bel CCPR/C/56/D/540/1993 (1996), para 10; Sarma / Sri Lanka, İnsan Hakları Komitesi Kararı 950/2000, BM Bel CCPR/C/78/D/950/2000 (2003), para 11.

²²⁸Hugo Rodríguez / Uruguay, İnsan Hakları Komitesi Kararı 322/1988, BM Bel CCPR/C/51/D/322/1988 (1994), para 12(3). Ayrıca bkz. José Vicente and Amado Villafañe Chaparro et al / Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi Kararı 612/1995, BM Bel CCPR/C/60/D/612/1995 (1997), para 8.8; Blanco / Nikaragua, İnsan Hakları Komitesi Kararı 328/1988, BM Bel CCPR/C/51/D/328/1988 (1994), para 11.

²²⁹İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 20, İşkence ve Zalimane Müdahale ya da Ceza (md. 7), BM Bel HRI/GEN/1/Rev7 (1992), para 14.

²³⁰Umetaliev et al / Kırgızistan, İnsan Hakları Komitesi Kararı 1275/2004, BM Bel CCPR/C/94/D/1275/2004 (2008), para 9.5. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Peru, BM Bel CCPR/C/79/Add.67 (1995), para 22; ve Ukrayna, BM Bel CCPR/CO/73/UKR (2001), para 13.

²³¹İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Kolombiya, BM Bel CCPR/CO/80/COL (2004), para. 10 ve 15; Litvanya, BM Bel CCPR/CO/80/LTU (2004), para 10; Surinam, BM Bel CCPR/CO/80/SUR (2004), para 11; Kuveyt, BM Bel CCPR/CO/KWT (2000), para 13; Sri Lanka, BM Bel CCPR/C/79/Add.56 (1995), para 30; Yemen, BM Bel A/50/40 (1995), section No. 5; Guyana, BM Bel CCPR/C/79/Add.121 (2000), para 10; Cezayir, BM Bel CCPR/C/79/Add.95 (1998), para. 6, 7 ve 9; Peru, BM Bel CCPR/C/79/Add.67 (1995), para 22; Meksika, BM Bel CCPR/C/79/Add.109 (1999), para. 6, 9, 16; Arjantin, BM Bel CCPR/CO/70/ARG

İşkenceye Karşı Komite de tüm işkence veya diğer zalimane acımasız, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza iddialarının İşkenceye Karşı Sözleşmenin 12. ve 16. maddelerine göre derhal ve tarafsız bir şekilde soruşturulması gerektiği kanaatinde-dir.²³²

Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Devletlerin ırk ayrımcılığı fiillerini derhal, etkili ve tarafsız bir şekilde soruşturmakla yükümlü olduklarına karar vermiştir.²³³ "Taraf Devlet'in ödevine atfettiği önemi ve özellikle bu konuda, tüm Taraf Devletlerin, 5. maddenin f fıkrasında güvence altına alınan, Taraf Devletin yetkisi altındaki yerli veya yabancı tüm şahısların ayrımcılığa uğramadan yararlanma hakkıyla ilgili şikayetlere ilişkin hızlı ve etkili polis soruşturmaları konusunda ısrarcı olmasını" vurgulamak istediğini ifade ettiği *M.B./Danimarka* davasında polisin rolünün önemini vurgulamıştır.²³⁴

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, Devletlerin, aile içi şiddet iddialarını soruşturmak için gerekli özeni gösterme yükü-

(2000), para 9, 13; Guatemala, BM bel CCPR/CO/72/GTM (2001), para 12; Macaristan, BM Bel CCPR/CO/74/HUN (2002), para 12; ve Ukrayna, BM Bel CCPR/CO/73/UKR (2001), para 13.

²³²İşkenceye Karşı Komite, Sonuçlar ve Tavsiyeler: Suudi Arabistan, BM Bel CAT/C/CR/28/5 (2002), para 8 (f); Endonezya, BM Bel CAT/C/XXVII/Concl.3 (2001), para 10(f); Brezilya, BM Bel A/56/44 (2001), para. 115-120; ABD, BM Bel A/55/44 (2000), para. 175-180; Türkiye, BM Bel CAT/C/CR/30/5 (2003), para 7(b); Slovenya, BM Bel CAT/C/CR/30/4 (2003), para 6(c); Kamboçya, BM Bel CAT/C/CR/30/2 (2003), para 7(c) ve (d). Ayrıca bkz: Encarnación Blanco Abad / İspanya, İşkenceye Karşı Komite Kararı 59/1996, BM Bel CAT/C/20/D/59/1996 (1998), para 8.6; Ristic /Yugoslavya, İşkenceye Karşı Komite Kararı 113/1998, BM Bel CAT/C/26/D/113/1998 (2001), para 9.9; Hajrizi Dzemađl et al. / Yugoslavya, BM Bel CAT/C/29/D/161/2000 (2002), para. 9.4 and 11

²³³IAOK Komitesi Kararları: L.K. / Hollanda, BM Bel CERD/C/42/D/4/1991 (1993), para 6.9; Habassi / Danimarka, BM Bel CERD/C/54/D/10/1997 (1999), para 9.3-10; ve Kashif Ahmad / Danimarka, BM Bel CERD/C/56/D/16/1999 (2000), para 6.4

²³⁴M.B. / Danimarka, IAOK Komitesi Kararı 20/2000, BM Bel CERD/C/60/D/20/2000 (2002), para 10.

kümlülüğü bulunduğunu defalarca teyit etmiştir.²³⁵ Komite ayrıca, taraf Devletlerin "uluslararası suç teşkil edenler de dahil olmak üzere kadına karşı cinsiyete dayalı şiddet vakalarını ve kamu makamlarının başarısızlık, taksir veya ihmal durumlarını"²³⁶ araştırmaktan sorumlu olduğunu; ve "taraf Devletlerin, Devlet dışı aktörlerin kadınlara karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddete neden olan eylemleri veya ihmallerini soruşturmak ... için gereken tüm önlemleri almadıkları takdirde sorumlu tutulacaklarını"²³⁷ vurgulamıştır. Bu nedenle, taraf Devletlerin kadına yönelik cinsiyete dayalı şiddet olaylarının araştırılması için uygun kaynakları sağlamalarını tavsiye etmiştir.²³⁸

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, ticari faaliyetler bağlamında Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinden kaynaklanan Devletin yükümlülüklerini ele alırken, taraf Devletlerin "ihlalleri iyice araştırması ve iddia edilen suçlulara karşı uygun önlemleri alması" gerektiğini vurgulamıştır²³⁹.

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi

Amerikalılar-arası Mahkeme, ilk olarak *Velásquez Rodríguez* Davasına ilişkin kararında, "Devletin, insan hakları ihlallerini önlemek için makul adımları atma ve kendi yetki alanında gerçekleşen ihlalleri ciddi bir şekilde soruşturmak için elindeki araçları kullanma

²³⁵Goekce / Avusturya, CEDAW Kararı 5/2005, BM Bel CEDAW/C/39/D/5/2005 (2007), para 12.1.1; Yildirim / Avusturya, CEDAW Kararı 6/2005, BM Bel CEDAW/C/39/D/6/2005 (2007), para 12.1.1. Ayrıca bkz. CEDAW Komitesi, Kadına Karşı Şiddete ilişkin Genel Tavsiye No. 19, BM Bel A/47/38 (1992), para 9; ve CEDAW Komitesi, Sözleşmenin 2. Maddesi çerçevesinde Devletlerin Temel Yükümlülüklerine dair Genel Tavsiye no. 28, BM Bel CEDAW/C/GC/28 (2010), para 19.

²³⁶CEDAW Komitesi, Kadınlara Karşı cinsiyete dayalı şiddete ilişkin 19. Nolu Genel Tavsiyeyi Güncelleyen 35. Nolu Genel Tavsiye, BM Bel CEDAW/C/GC/35 (2017), para 23.

²³⁷Ibid, para 24.

²³⁸Ibid, para 34(e).

²³⁹Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Genel Yorum No. 24, Ticari Faaliyetler Bağlamında Devletin Sosyal Ekonomik ve Kültürel Haklar Sözleşmesinden Kaynaklanan Yükümlülükleri, BM Bel E/C.12/GC/24 (2017), para 40.

hukuki yükümlülüğü vardır” demiş²⁴⁰ daha sonraki içtihadıyla da bunu geliştirmiştir.²⁴¹ Soruşturmanın yapılmaması ya da etkisiz bir soruşturma, 25. maddede güvence altına alınan yargısal korunma hakkının ve 8. maddedeki adil yargılanma hakkının Sözleşmenin 1(1) maddesiyle bağlantılı olarak ihlalinin teşkil eder.²⁴² Mahkeme, “Cezasızlık insan hakları ihlallerinin kronik olarak tekrarlanmasına neden olduğu ve mağdurları ve yakınlarını tamamen savunmasız hale getirdiği için Devletin, bu durumla mücadele etmek için elindeki tüm yasal araçları kullanma yükümlülüğüne sahip olduğunu göz önünde tutarak ve cezasızlığı Amerikan Sözleşmesinde güvence altına alınan hakların ihlalinin sorumlu kişilerin soruşturulması, yargılanması, yakalanması ve cezalandırılması konusundaki topyekûn eksiklikler”²⁴³ olarak tanımlayarak soruşturma ve cezalandırma ödevinin, Devletin cezasızlıkla mücadele yükümlülüğünün bir parçası olduğunu açık bir şekilde ortaya koymuştur.²⁴⁴ Davalarının hemen hepsinde, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, soruşturma yetersizliği nedeniyle Sözleşme’nin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁴⁵

²⁴⁰Velásquez Rodríguez / Honduras, AAİHM, 29 Temmuz 1988 tarihli karar, Series C No. 4, para 174.

²⁴¹Neira Alegria et al / Peru, AAİHM, 19 Ocak 1995 tarihli karar, Series C No. 20, para 69 ve uygulama para 4; Caballero Delgado and Santana / Kolombiya, AAİHM, 8 Aralık 1995 tarihli karar, Series C No. 22, para. 58 and 59; El Amparo / Venezuela (Telafiler), AAİHM, 14 Eylül 1996 tarihli karar. Series C No. 28, para 61, ve hüküm. para 4.

²⁴²Blake / Guatemala, AAİHM, 24 Ocak 1998 tarihli karar, Series C No. 36, para 97; Villagrán Morales et al / Guatemala (“Sokak Çocukları” davası), AAİHM, 19 Kasım 1999 tarihli karar, para 225; Castillo Páez / Peru, 3 Kasım 1997 tarihli karar, Series C No. 34, para 90; Durand and Ugarte / Peru, AAİHM, 16 Ağustos 2000 tarihli karar, Series C No. 68, para 130; Bámaca Velásquez / Guatemala, AAİHM, 25 Kasım 2000 tarihli karar, Series C No. 70, para 197; Case of Las Palmeras / Kolombiya, AAİHM, 6 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 90, para 65; Juan Humberto Sánchez Davası, AAİHM, 7 Haziran 2003 tarihli karar, Series C No. 99, para. 121-136.

²⁴³The “Panel Blanca” Davası (Paniagua Morales et al) / Guatemala, AAİHM, 8 Mart 1998 tarihli karar, Series C No. 37, para 173.

²⁴⁴Bulacio / Arjantin, AAİHM, 18 Eylül 2003 tarihli karar, Series C No. 100, para. 110-120; Myrna Mack Chang / Guatemala, AAİHM, 25 Kasım 2003 tarihli karar, Series C No. 101, para. 272-277.

²⁴⁵Blake / Guatemala, AAİHM, 24 Ocak 1998 tarihli karar, Series C No. 36, para

Amerikalılar-arası Komisyon da benzer şekilde, Devletin insan hakları ihlallerini soruşturma ödevi olduğuna karar vermiştir. Amerikalılar-arası Mahkeme gibi, Komisyon da soruşturma yükümlülüğünü, bir cezasızlıkla mücadele yolu olarak görmektedir. Soruşturma yükümlülüğü -ve buna bağlı olarak cezasızlıkla mücadele etme yükümlülüğü- Amerikan Sözleşmesinin 25., 8. ve 1 (1). maddelerinden kaynaklanmaktadır.²⁴⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

McCann / Birleşik Krallık davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Devlet görevlileri tarafından yasadışı bir şekilde öldürülme iddiasının bulunduğu her olayda, gerçeklerin araştırılması gerektiğini, zira yaşam hakkı çerçevesinde devletlerin soruşturma yapma usulü yükümlülüğü bulunduğuna karar vermiştir.²⁴⁷ Bu usulü yükümlülük, aynı zamanda özel aktörler²⁴⁸ tarafından gerçekleştirilen öldürmeler, ve kazalar,²⁴⁹ bilinmeyen sebepler veya intiharlar²⁵⁰ gibi ihtilafli koşullar altında meydana gelen ölümler için de geçerlidir. Dahası, Devletlerin, örneğin endüstriyel kazalar²⁵¹ ve doğal afetler²⁵² gibi yaşam kaybına neden olan olaylarda kamu otoritelerinin ihmallerinin ölüme sebebiyet verdiği iddialarını araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca, işkence ya da diğer kötü muamele iddiasının bulunduğu her durumda, işkence ya da diğer kötü muamele görmeme hakkının, iddiaların soruşturulmasını gerektirdiğine karar vermiştir.²⁵³ Ayrıca, Devletlerin zorla kay-

97.

²⁴⁶Yargısız İnfazlar ve Kişilerin Zorla Kaybedilmesi (Peru), AAİHM, Dava 10.247, 11 Ekim 2001, para 243. Ayrıca bkz. Riofrío Massacre (Kolombiya), AAİHM, Rapor No. 62/01, Dava 11.654, 6 Nisan 2001, para 74.

²⁴⁷McCann / Birleşik Krallık, AİHM, 27 Eylül 1995 tarihli karar, Series A No. 324, para 161.

²⁴⁸Opuz / Türkiye, AİHM, 9 Haziran 2009 tarihli karar, para 150.

²⁴⁹Kalender / Türkiye, AİHM, 15 Aralık 2009 tarihli karar, para 53.

²⁵⁰Weber ve diğerleri / Polonya, AİHM, 27 Nisan 2007 tarihli karar, para 68.

²⁵¹Öneryıldız / Türkiye, AİHM, 30 Kasım 2004 tarihli karar, para 93.

²⁵²Budayeva ve diğerleri / Rusya, AİHM, 20 Mart 2008 tarihli karar, para 142.

²⁵³Assenov / Bulgaristan, AİHM, 28 Ekim 1998 tarihli karar, Reports 1998-VIII, para 102.

bedilme²⁵⁴ ve insan kaçakçılığı²⁵⁵ iddialarını soruşturma yükümlülüğü olduğunu teyit etmiştir. *El-Masri / eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti* davasında verdiği kararda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi, davalı Devletin, başvuranın Avrupa Sözleşmesinin 5. maddesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına aykırı olarak keyfi bir şekilde tutuklandığına ilişkin güvenilir iddiaları hakkında ciddi bir soruşturma yapmadığına karar vermiştir. İlaveten, Avrupa Mahkemesi, insan hakları ihlallerine ilişkin güvenilir iddialar hakkında etkili bir soruşturma yürütülmemesinin mağdurun ve / veya yakınlarının etkili başvuru hakkını ihlal edebileceğine karar vermiştir.²⁵⁶

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu

Bir ortadan kaybolma vakasında, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, Devlete "ortadan kaybolduğu düşünülen kişilerin akıbetini açıklığa kavuşturmak, ihlal fiilini işleyenleri tespit etmek ve mahkeme önüne çıkarmak amacıyla bağımsız bir tahkikat başlatılmasını sağlama" talimatı vermiştir²⁵⁷. Bir başka davada, insan hakları ihlali faillerinin belirlenerek mahkeme önüne çıkarılmasını emretmiştir.²⁵⁸ Kuzey Nijerya'daki Ogoniland'da petrol çıkarılmasına ilişkin dava, grup hakları da dahil olmak üzere ekonomik, sosyal ve kültürel hak ihlallerini soruşturma yükümlülüğü ile ilgili olması dolayısıyla özellikle dikkate değerdir. Afrika Komisyonu, Devletin yabancı petrol şirketlerine imtiyazlar vererek yerel toplulukların haklarını ihlal ettiğini tespit etmiştir. Komisyon, Ogoni halkının haklarının pek çok kez ihlal edildiğini tespit ettikten sonra, hükümete mağdurların çevre, sağlık ve geçim kaynaklarının korunmasını sağlamak amacıyla "... bağımsız araştırmacıların bölgeye serbest erişimine izin vermesi; insan hakları ihlallerine ilişkin

²⁵⁴Kurt / Türkiye, AİHM; 25 Mayıs 1998 tarihli karar, Report 1998-III, para 124; Varnava ve diğerleri / Türkiye, AİHM, 18 Eylül 2009 tarihli karar, para 145.

²⁵⁵Rantsev / Kıbrıs ve Rusya, AİHM, 7 Ocak 2010 tarihli karar, para 288.

²⁵⁶Aksoy / Türkiye, AİHM, 18 Aralık 1996 tarihli karar, Reports 1996-VII, para. 95-100.

²⁵⁷Malawi African Association et al. / Moritanya, AİHHK Kararı 54/91 et al. (2000), Tavsiyeler, lit. 1.

²⁵⁸Mouvement Burkinabé des Droits de l'Homme et des Peuples / Burkina Faso, AİHHK Kararı 204/97 (2001), Tavsiyeler, lit 1.

soruşturmalar yürütmesi... insan hakları ihlallerine karışan güvenlik güçleri görevlilerini ve ilgili diğer kurumları yargılaması; ... gelecekteki herhangi bir petrol arama ve işletme faaliyeti için uygun çevresel ve sosyal etki değerlendirmeleri hazırlanması ve bundan sonra petrol faaliyetlerinin güvenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere petrol endüstrisinin bağımsız gözetim organları aracılığıyla denetlenmesini sağlaması..." çağrısında bulunmuştur.²⁵⁹

Bu nedenle, Afrika Komisyonunun, Afrika Sözleşmesi kapsamındaki hem medeni ve siyasi hakların hem de ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ihlaliyle ilgili soruşturma ödevini tanıdığı söylenebilir.

4.2. Soruşturmanın Gereklere

Soruşturma ödevi bir sonuç yükümlülüğü değil, süreç yükümlülüğüdür.²⁶⁰ Bu, yetkililer soruşturmayı uluslararası standartlara uygun olarak yürüttüğü süreç, ihlale neden olan olayların tam olarak aydınlatılmamış olmasının mutlaka ihlal teşkil etmeyeceği anlamına gelir. Bu bağlamda, eğer soruşturma, diğer şeylerin yanı sıra, failerin tespitine ve eğer gerekliyse, cezalandırılmalarına olanak sağlayacak şekilde gerçekleştirildiyse, pratikte her zaman bu sonuçlara ulaşılamamış olsa da bu ödev yerine getirilmiş olacaktır. Uluslararası içtihat, soruşturmanın karşılaması gereken birtakım gereklilikleri ortaya koymuştur.

Anlamlı bir soruşturmanın yapılabilmesi için gerekli kriterler Birleşmiş Milletler ve bölgesel sistemler tarafından giderek geliştirilmektedir. Soruşturmaya ilişkin modeller, özellikle Yargısız İnfazlara ilişkin BM İlkeleri ve İşkencenin Araştırılmasına İlişkin BM İlkelerinde (İstanbul Protokolü) geliştirilmiştir.

Yargısız İnfazlara ilişkin BM İlkeleri, Devletlerin ödevlerini daha da ayrıntılı bir şekilde ortaya koyan gözden geçirilmiş Birleşmiş Milletler Hukuk dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkili bir Şekilde

²⁵⁹The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nijerya, AİHHK Kararı 155/96 (2001), Tavsiyeler lit. 1, 2, 4.

²⁶⁰Velásquez Rodríguez / Honduras, AAİHM, 29 Temmuz 1988 tarihli karar, Series C No. 4, para 166 (ayrıca bkz. para 174); Finucane / Birleşik Krallık, AİHM, 1 Temmuz 2003 tarihli karar, para 69.

Önlenmesi ve Soruşturulması El Kitabı -Potansiyel Hukuk dışı Ölümlerin Soruşturulması Hakkında Minnesota Protokolü (2016)²⁶¹ olarak bilinir- ile tamamlanmıştır.

El Kitabının orijinal hali, örneğin, hem Amerikalılara-arası İnsan Hakları Mahkemesi hem de Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu tarafından, soruşturmalara ilişkin kendi standartlarını oluşturmak için kullanılmıştır.²⁶²

Derhal, tarafsız, eksiksiz ve bağımsız resmi soruşturma

Soruşturma hakkının temel taşlarının, çabukluk,²⁶³ titizlik,²⁶⁴

²⁶¹İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, Potansiyel Hukuka dışı Ölümlerin Soruşturulmasına İlişkin Minnesota Protokolü, (2016). Hukuk dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkili Bir şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına İlişkin Gözden Geçirilmiş Birleşmiş Milletler El Kitabı (Minnesota Protokolü), şuradan erişilebilir: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Executions/Pages/RevisionoftheUNManualPreventionExtraLegalArbitrary.aspx>.

²⁶²Zambrano Vélez et al / Ekvador, AAİHM, 4 Temmuz 2007 tarihli karar, Series C No. 166, para 121; Ignacio Ellacuría S.J. et al (El Salvador), AAİHK, Rapor No. 136/99, Dava 10.488, 22 Aralık 1999, para 175.

²⁶³İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 2; İKS, Madde 12; Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, İlke 9; İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 31 Sözleşmede Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüklerin Niteliği, BM Bel CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004), para 15; İşkenceye Karşı Komite, sonuç ve tavsiyeler Kolombiya (BM Bel CAT/C/CR/31/1 (2004), para 9(a)), Yemen (BM Bel CAT/C/CR/31/4 (2004), para 6(e)), Fas (BM Bel CAT/C/CR/31/2 (2004), para 6(f)), Kamboçya (BM Bel CAT/C/CR/30/2 (2003), para 7(c)); Tibi / Ekvador, AAİHM, 7 Eylül 2004 tarihli karar, Series C No. 114, para 159; Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri, İlke VI; Finucane / Birleşik Krallık, AİHM, 1 Temmuz 2003 tarihli karar, para 70; Yasa / Türkiye, AİHM, 2 Eylül 1998 tarihli karar, Reports 1998-VI, para. 102-04; Çakıcı / Türkiye, AİHM Büyük Daire, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, Reports 1999-IV, para 80, 87 ve 106; Tanrıkulu / Türkiye, AİHM, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, Reports 1999-IV, para 109; Mahmut Kaya / Türkiye, AİHM, 28 Mart 2000, Reports 2000-III, para 106-07.

²⁶⁴Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri, İlke VI; Kaya / Türkiye, AİHM, 19.2.1998 tarihli karar, Reports 1998-I, para 107; İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 31 Sözleşmede Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüklerin Niteliği,

bağımsızlık²⁶⁵ ve tarafsızlık²⁶⁶ olduğunun belirtilmesi önemlidir. Soruşturma re'sen, yani mağdurlar veya yakınları şikâyetle bulunmak zorunda kalmadan yapılmalıdır.²⁶⁷

BM Bel CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004), para 15; José Vicente and Amado Villafañe Chaparro et al / Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi Kararı 612/1995, BM Bel CCPR/C/60/D/612/1995 (1997), para 8.8; Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, İlke 9; İşkenceye Karşı Komite sonuçlar ve tavsiyeler Kolombiya (BM Bel CAT/C/CR/31/1 (2004), para 9(a)), Yemen (BM Bel CAT/C/CR/31/4 (2004), para 6(e)), Fas (BM Bel CAT/C/CR/31/2 (2004), para 6(f)) ve Kamboçya (BM Bel CAT/C/CR/30/2 (2003), para 7(c)); İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 2.

²⁶⁵İşkenceye Karşı Komite, Genel Yorum No. 3, BM Bel CAT/C/GC/3 (2012), para 25; İşkenceye Karşı Komite, Genel Yorum No. 2, BM Bel CAT/C/GC/2 (2008), para 26; İşkenceye Karşı Komite sonuçlar ve tavsiyeler Mısır (BM Bel CAT/C/CR/29/4 (2002), para 6(c)) ve Kamboçya (BM Bel CAT/C/CR/30/2 (2003), para 7(d)); İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 31 Sözleşmede Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüklerin Niteliği, BM Bel CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004), para 15; Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri, İlke VI; Finucane / Birleşik Krallık, AİHM, 1 Temmuz 1993 tarihli karar , para 69; Hugh Jordan/ Birleşik Krallık, AİHM 4.5.2001 tarihli karar, para 120; Gülec / Türkiye, AİHM, 27 Temmuz 1998 tarihli karar, Reports 1998-IV, para 80; Oğur/ Türkiye, AİHM; 20.5.1999 tarihli karar, Reports 1999-III, para 91; Amnesty International et al / Sudan, AİHHK Kararı 48/90, 50/91, 52/91 ve 89/93 (2000), para 51; İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 2.

²⁶⁶İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 31 Sözleşmede Taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüklerin Niteliği, BM Bel CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004), para 15; İnsan Hakları Komitesi, Madde 7'e İlişkin Genel Yorum No. 20 , BM Bel HRI\GEN\1\Rev.1 at 7 (1994), para 14; Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, İlke 9; İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 2.; İşkenceye Karşı Komite sonuçlar ve tavsiyeler Kolombiya (BM Bel CAT/C/CR/31/1 (2004), para 9(a)), Yemen (BM Bel CAT/C/CR/31/4 (2004), para 6(e)), Fas (BM Bel CAT/C/CR/31/2 (2004), para 6(f)) and Kamboçya (BM Bel CAT/C/CR/30/2 (2003), para 7(c)); İKS, Madde 12; Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri, İlke VI.

²⁶⁷Velázquez Rodríguez / Honduras, AAİHM, 29 Temmuz 1988 tarihli karar, Series C No. 4, para 176; Tibi / Ekvador , AAİHM, 7 Eylül 2004 tarihli karar, Series C No. 114 para 159; Aksoy /Türkiye, AİHM, 18 Aralık 1996 tarihli karar,

Bağımsızlık

Bağımsız bir soruşturma, soruşturmanın bağımsız bir otorite, yani iddia edilen ihlallere karışmayan bir otorite tarafından yapılmasını gerektirir. Bu nedenle, İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri şöyle demektedir: “Şüpheli faillerden ve hizmet ettikleri kurumdan bağımsız olan soruşturmacılar, yetkin ve tarafsız olacaktır”.²⁶⁸ Hukuk dışı İnfazlara İlişkin Birleşmiş Milletler İlkeleri, soruşturmaların yetersiz olması durumunda “Hükümetler bağımsız bir soruşturma komisyonu veya benzeri bir prosedürle soruşturmaları sürdürmelidir. Böyle bir komisyonun üyeleri tarafsızlık, yetkinlik ve bağımsızlıkları ile tanınmış kişiler olmalarından dolayı seçilmelidir. Özellikle, soruşturma konusu olabilecek herhangi bir kurum, organ veya kişiden bağımsız olmalıdır.”²⁶⁹ Avrupa Mahkemesi, “Genellikle soruşturmanın yürütülmesinden sorumlu ve soruşturmayı yürüten kişilerin olaylara karışan kişilerden bağımsız olması gerektiğinin kabul edildiği” görüşündedir. “Bu, yalnızca hiyerarşik veya kurumsal bir bağlantı olmaması gerektiği değil, aynı zamanda açık bir bağımsızlık olması gerektiği anlamına gelmektedir.”²⁷⁰

Silahlı kuvvetlerin mensupları tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen ihlallerin soruşturmaları yine silahlı kuvvetler tarafından gerçekleştirilirse, bağımsızlık tehlikeye girebilir. Amerikalılar-arası Mahkeme ve Komisyon bu durumlarda soruşturmanın Amerikan

Reports 1996-VII, para 99; Hugh Jordan / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 141.

²⁶⁸İlke 2.

²⁶⁹İlke 11.

²⁷⁰McKerr / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 112; Finucane / Birleşik Krallık, AİHM, 1 Temmuz 1993 tarihli karar, para 68; 1 tarihli Karar, Reports 2001-III, para. 124, Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri, İlke VI.

İnsan Hakları Sözleşmesinin gereklerini karşılamayacağını belirtmiştir.²⁷¹ İnsan Hakları Komitesi, en azından askeri veya silahlı kuvvetler tarafından işlenen insan hakları ihlalleri durumunda, sivil yetkililerin soruşturmaları yürütmesi gerektiğini vurgulamıştır.²⁷² Benzer şekilde, İşkenceye Karşı Komite, askeri mahkemelelerin kendi yetki alanlarının tamamen dışında olan "polis veya silahlı kuvvetler mensuplarının karıştığından şüphelenilen işkence, soykırım ve zorla kaybedilme gibi suçları soruşturmasından" duyduğu kaygıları dile getirmiştir.²⁷³ Komite, Devleti, "ceza adalet sistemini (suçların soruşturulmasından, cezaların infazına kadar) yargının bağımsız mensuplarının doğrudan kontrolü altına alacak ve ihbar edilen ya da şüphelenilen işkence veya kötü muamele vakalarının hızlı bir şekilde soruşturulmasını sağlayacak" yasal değişiklikleri yapmaya teşvik etmiştir.²⁷⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, benzer şekilde, silahlı kuvvetler mensupları tarafından işlenen insan hakları ihlallerine ilişkin olarak askeri mahkemeler tarafından yapılan soruşturmaların, bağımsızlık yönünden gerekli standartları karşılamadığını tespit etmiştir.²⁷⁵ Avrupa Mahkemesi, İngiliz asker-

²⁷¹Velázquez Rodríguez / Honduras, AAİHM, 29 Temmuz 1988 tarihli karar, Series C No. 4, para 180; Peru'da İnsan Haklarının durumuna ilişkin İkinci Rapor. AAİHK, 2 Haziran 2000, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc 59 rev, para 210.

²⁷²Bkz. Mesela, İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Kolombiya, BM Bel CCPR/C/79/Add.76 (1997), para. 19, 23, 32 and 34; Venezuela, BM Bel CCPR/CO/71/VEN (2001), para 8; Kırgızistan, BM Bel CCPR/CO/69/KGZ (2000), para 7; Şili, BM Bel CCPR/C/79/Add.104 (1999), para 10; Beyaz Rusya, BM Bel CCPR/C/79/Add.86 (1997), para 9; Makedonya, BM Bel CCPR/C/79/Add.96 (1998), para 10; ve Fransa, BM Bel CCPR/C/79/Add.80 (1997), para. 16 vd. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komitesinin Genel Kurula raporu, BM Bel A/35/40 (1980), para. 249 vd.

²⁷³İşkenceye Karşı Komite, Sonuçlar ve Gözlemler Kolombiya, BM Bel CAT/C/CR/31/1 (2004), para 9(d)(iii).

²⁷⁴İşkenceye Karşı Komite, Sonuçlar ve Gözlemler Ekvador, BM Bel A/49/44 (1993), para. 97-105.

²⁷⁵Incal / Türkiye, AİHM, 9 Haziran 1998 tarihli karar, Reports 1998-IV, para.

lerinin yetkisi ve kontrolü altındaki Iraklıların ölümlerine yönelik olarak BK Kraliyet Askeri Polisi tarafından yürütülen soruşturmanın askeri komuta zincirinden bağımsız olmaması dolayısıyla yeterince bağımsız olmadığına karar vermiştir.²⁷⁶

Aynı şekilde, Afrika Komisyonu da yargısız infaz iddialarını soruşturmak için polis ve güvenlik görevlilerinden oluşan bir soruşturma komisyonunun "oluşumu itibariyle tarafsızlık ve bağımsızlık için gerekli garantileri sağlamadığına" karar vermiştir.²⁷⁷

Tarafsızlık

Tarafsızlık, soruşturmayı yürütenlerin peşin hükümlü ve önyargılı olmamalarını gerektirir.

İddia edilen ihlallerin ırksal, etnik, dini veya diğer grupların üyeleriyle ilgili olduğu durumlarda tarafsızlıkla ilgili olarak özel bir sorun ortaya çıkabilir. Bu bağlamda, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, ırk ayrımcılığını suç olarak niteleyen bir yasa çıkarılmasının tek başına taraf Devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirdiği anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir. Devletlerin özenli bir şekilde ve hızla soruşturma yapma zorunluluğu vardır.²⁷⁸

Avrupa Mahkemesi, ırkçı veya etnik motivasyonlu şiddet eylemlerini soruşturmak için kriterler geliştirmiştir. Hükümetlerin, güvenlik güçlerinin, polis güçlerinin veya başkalarının etnik veya ırksal olarak ayrımcı uygulamaları bağlamında meydana gelen tüm insan hakları ihlalleri çok büyük önem taşımaktadır. Irkçı tutumların

65-73.

²⁷⁶Al-Skeini and Others / Birleşik Krallık, AİHM, 7 Temmuz 2011 tarihli karar, para 172.

²⁷⁷Amnesty International et al / Sudan, AİHHK Kararları 48/90, 50/91, 52/91 ve 89/93 (2000), para 51. Ayrıca bkz. Sudan Human Rights Organisation et al. and Centre on Housing Rights and Evictions / Sudan, AİHHK Kararları 279/03 ve 296/05 (2009), para 150.

²⁷⁸L.K. / Hollanda, IAOKK Kararı 4/199, BM Bel CERD/C/42/D/4/199 (1993), para. 6.4 ve 6.6.

şiddete neden olduğu şüphesinin bulunduğu olaylarda, resmi soruşturmanın özenle ve tarafsız bir şekilde yürütülmesinin özellikle önemli olduğuna karar vermiştir:

“Mahkeme, şiddet içeren olayları ve özellikle de Devlet ajanlarının sebep olduğu ölümleri soruştururken, Devlet yetkililerinin, herhangi bir ırkçı motivasyonu ortaya çıkarmak ve olaylarda etnik nefret ya da önyargının rol oynayıp oynamadığını tespit etmek için gerekli tüm adımları atma konusunda ekstra yükümlülüğü olduğu kanaatindedir. Bunun yapılmaması ve ırkçı nedenlere dayalı şiddet ve vahşetin, ırkçı boyut içermeyen davalarla aynı şekilde ele alınması, temel haklar için özellikle tahrip edici olan eylemlerin bu niteliğinin göz ardı edilmesi anlamına gelecektir.”²⁷⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, faillerin ayrımcı motivasyonunu ortaya çıkarmak için gerekli tedbirler alma yükümlülüğünün günümüzde cinsel yönelim gibi diğer yasaklı ayrımcılık nedenleri için de ortaya çıkacağına karar vermiştir.

Failleri tespit etmeye ve, gerekliyse, cezalandırmaya elverişli olmalıdır

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi soruşturmanın, ihlallerden sorumlu olanların tespit edilmesine elverişli olması gerektiğini vurgulamışlardır.²⁸⁰

²⁷⁹Nachova and others / Bulgaristan, AİHM, 26 Şubat 2004, para. 157-158. Ayrıca bkz. Menson and Others / Birleşik Krallık, AİHM, B.no. 47916/99, ECHR 2003-V.

²⁸⁰Finucane / Birleşik Krallık, AİHM, 1 Temmuz 1993 tarihli karar, para 69; McCann and other /Birleşik Krallık, AİHM, 27.9.1995 tarihli karar, Series A No. 324, para 161; Kaya / Türkiye, AİHM, 19 Şubat 1998 tarihli karar, Reports 1998-I, para 86; Assenov / Bulgaristan, AİHM, 28.10.1998 tarihli karar, Reports 1998-VIII, para 102; Ogur Kaya / Türkiye, AİHM, 20 Mayıs 1999 tarihli karar, Reports 1999-III, para 88; Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeler, İlke VI; Juan Humberto Sánchez / Honduras, AAİHM, 7 Haziran 2003 tarihli karar, Series C No. 99, para 186; Tibi / Ekvador, AAİHM, 7 Eylül 2004 tarihli karar, Series C No. 114 para

Zorla veya İradedışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu şunları vurgulamıştır: "Kaybedilme fiillerini işleyenler ve onlara yardım eden veya teşvik (tahrik) edenlerin kimliklerinin yanı sıra mağdurların kimliği, kaybedilmeye neden olan politika ve uygulamaları geliştirmekten sorumlu olanların kimliği de kamuoyuna duyurulmalıdır".²⁸¹

Amerikalılar-arası Komisyon, Hakikat Komisyonlarının ihlalleri yalnızca kısmen incelediği, yargı organı niteliği taşımadığı ve failerin kimliğini tespit etme ve adalet önüne çıkarma ve mağdurlara tazminat verme yetkisinin bulunmadığı hallerde bu tür bir Komisyonun Devletin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 (1) maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açık bir şekilde vurgulamıştır.²⁸²

Soruşturmanın, gerekirse failerin kovuşturulmasına ve cezalandırılmasına yol açma gerekliliği aynı zamanda soruşturma raporunun herhangi bir manipülasyon yapılmaksızın adli makamlara açıklanması gerektiği anlamına gelir.²⁸³ Ayrıca, Amerikalılar-arası Mahkeme ve Komisyon, insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda, adli ve idari makamların soruşturma kapsamında talep ettiği bilgileri vermemek amacıyla Devlet yetkililerinin, 'resmi sır' veya bilgilerin gizliliği veya kamu yararı ya da ulusal güvenlik nedenlerine dayanamayacağını belirtmişlerdir.²⁸⁴

159.

²⁸¹Zorla ve İrade dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu Raporu, BM Bel E/ CN.4/1994/26 (1994), para 45((45 CAT; Article 17/03-V; 5 3 ccess to, and the provision of, effective remedies and reparation be wihout ights instruments caf) [orijinali Fransızca].

²⁸²Héctor Marcial Garay Hermosilla (Şili), AAİHM, Rapor No. 36/96, Dava 10.843, 15 Ekim 1996, paras 74-77. Raporda af kanunu eleştiri konusu edilen Şili Hükümetinin Komisyon tarafından yöneltilen tüm hukuki eleştirileri kabul ettiğine işaret edilmelidir. Ayrıca bkz. AAİHM, Rapor 34/96, Dava 11.228 vd. (Şili), 15 Ekim 1996, para. 72 vd.; AAİHK, Rapor No. 25/98, Davalar 11.505 vd. (Şili), 7 Nisan 1998, para. 66 vd.

²⁸³Myrna Mack-Chang / Guatemala, AAİHM, 25 Kasım 2003 tarihli karar, Series C No. 101, para. 171-174.

²⁸⁴Ibid, para 180 ve dipnot 258 Komisyon Görüşüne yapılan atıf.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, *Amnesty International ve Diğerleri /Sudan* davasında: "Soruşturmalar, gerekli tüm imkanların sunulduğu tamamen bağımsız kişiler tarafından yapılmalı, elde edilen bilgiler kamuya açıklanmalı ve açığa çıkarılan bilgiye dayanarak kovuşturma başlatılmalıdır" demiştir.²⁸⁵

Hukuk dışı infazlara İlişkin BM İlkeleri, soruşturmanın amacının ölümün nedenini, şeklini ve zamanını, sorumlu kişiyi ve bu ölümü doğurabilecek herhangi bir yapısal sorunun veya uygulamanın belirlenmesi olduğunu belirtmektedir.²⁸⁶ İşkencenin Araştırılmasına İlişkin BM İlkeleri, soruşturmanın "olguları açığa çıkarma ve mağdurlar ve aileleri için bireysel ve Devlet sorumluluğunun tespitine ve kabulüne" olanak tanınması gerektiğini öngörmektedir.²⁸⁷

Soruşturma Makamlarının Yetkileri

Soruşturma makamları etkili bir soruşturma yürütmek için gerekli kaynaklara ve özellikle ilgili tüm aktörleri ve tanıkları ortaya çıkıp tanıklık etmeye mecbur edecek güç de dahil olmak üzere yetkilere sahip olmalıdır.²⁸⁸

²⁸⁵Amnesty International et al / Sudan, AİHHK Kararları 48/90, 50/91, 52/91 ve 89/93 (2000), para 51.

²⁸⁶İlke 9.

²⁸⁷İlke 1(a).

²⁸⁸Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına İlişkin Bildirge, Madde 13 (2); Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, İlke 10; İşkencenin Araştırılmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 3 (a); Uluslararası Af Örgütü vd./ Sudan, AİHHK Kararları 48/90, 50/91, 52/91 ve 89/93 (2000), paragraf 51; Hugh Jordan / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli Karar, Reports 2001-III Raporları, para. 127; McKerr / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli Karar, Reports 2001-III, para. 124, Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri, İlke VI.

Mağdurların ve yakınlarının katılımı

Soruşturma kamuya açık olmalı ve mağdurlar ve aileleri soruşturma veya etkin bir şekilde katılabilmelidir.

Bu anlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mağdurların ve ailelerinin “meşru çıkarlarını korumak için gerekli olduğu ölçüde soruşturma sürecine katılması” konusunda ısrarcıdır.²⁸⁹ İfadeleri alınmalı ve ilgili bilgilere erişebilmelidirler.²⁹⁰ Takipsizlik kararları gerekçeli bir şekilde kamuya açıklanmalı ve ailelere tebliğ edilmelidir.²⁹¹

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi Caracazo Davasında (Telafiler) şöyle demiştir: “Amerikan Sözleşmesine taraf olan bütün Devletlerin, insan hakları ihlallerini soruşturma ve söz konusu ihlalin faillerini ve iştirakçilerini cezalandırma görevi vardır. Ve kendisini bu tür ihlallerin mağduru olarak gören herkesin, kendi yararı ve bir bütün olarak toplumun yararı için devletin bu görevini yerine getirmesini sağlamak üzere adalet sistemine başvurma hakkı vardır”.²⁹² Mahkeme, “mağdurların, akrabalarının ya da temsilcilerinin ‘ön soruşturmaların gizliliği’ gerekçesiyle ceza soruşturmalarına ve süreçlerine erişim sağlayamamalarını” eleş-

²⁸⁹Finucane / Birleşik Krallık, AİHM, 1 Temmuz 2003 tarihli karar, para 71; Güleç / Türkiye, AİHM, 27 Temmuz 1998 tarihli karar, Reports 1998-IV, para 82; Ogur / Türkiye, AİHM, 20 Mayıs 1999 tarihli karar, Reports 1999-III, para 92; Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri, İlke VII.

²⁹⁰Hugh Jordan / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 133; McKerr / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 147; Kelly / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 127; Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri, İlke VII.

²⁹¹Hugh Jordan / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para. 122 vd.; McKerr / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 145; Kelly / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para. 116 vd.

²⁹²Caracazo Case / Venezuela (Telafiler), AAİHM, 29 Ağustos 2002 tarihli karar, Series C No. 95, para 115.

tirmiştir.²⁹³ Juan Humberto Sánchez davasında, Amerikalılar-arası Mahkeme, "Mağdurun akrabalarının, yerel yasalara ve Amerikan Sözleşmesinin hükümlerine uygun olarak söz konusu soruşturmanın tüm aşamalarında ve seviyelerinde tam erişim ve katılma hakkına sahip olması gerekir. Honduras toplumunun gerçeği bilmesi için soruşturma sonuçları halka duyurulmalıdır" şeklinde karar vermiştir.²⁹⁴

Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, ölenlerin ailelerinin ve yasal temsilcilerinin, soruşturmaya ilgili tüm bilgilerin yanı sıra bütün duruşmalar hakkında bilgilendirilmelerini ve katılımlarına izin verilmesini ve başka kanıtlar sunma hakkına sahip olduklarını belirtir. Ölen kişinin ailesi, otopside tıbbi veya başka bir uzman temsilci bulunmasında ısrar etme hakkına sahiptir. Ölen kişinin kimliği belirlendiğinde, ölüm bildirimi gönderilir ve ölen kişinin ailesi veya akrabaları derhal bilgilendirilir. Ölen kişinin cesedi soruşturmanın tamamlanmasından sonra ailelerine ya da yakınlarına teslim edilir.²⁹⁵

Etkili katılım aynı zamanda, "sosyal hizmetler ve psikiyatristlerin yardımı ve giderlerin geri ödenmesi" de dahil olmak üzere yardımları içerir.²⁹⁶ Özellikle mağdurlar ve aileleri yasal ve psikolojik danışmanlık ve tavsiyelere ve gerektiğinde adli yardım ve tercümana erişebilmelidir.²⁹⁷

²⁹³Ibid, para 116.

²⁹⁴Juan Humberto Sánchez Davası, AAİHM, 7 Haziran 2003 tarihli karar, Series C No. 99, para 186.

²⁹⁵Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, İlke 16; İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 4.

²⁹⁶Güncellenmiş İlkeler, Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin İlkeler Seti, BM Bel E/CN.4/2005/102 (2005), İlke 9; Airey / İrlanda, AİHM, 9 Ekim 1979 tarihli karar, Series A No. 32, para 33; AİHHK, Afrika'da Adil Yargılanma Hakkı ve Adli Yardıma İlişkin İlkeler ve Esaslar, İlke H.

²⁹⁷Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, İlke VI, para 10, ve İlke VIII, para 12; Suç ve Gücün Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Adalet Konusunda Temel İlkelere İlişkin BM Bildirgesi, İlkeler 14-17; Ceza yargılamasında mağdurların statüsüne ilişkin 15 Mart 2001 tarihli Konsey Çerçeve Kararı, Resmi Gazete L 082, 22 Mart 2001, Madde 6 ve 7; Güncellenen İlkeler, Cezasızlıkla müca-

Avrupa Mahkemesinin, belirli durumlarda soruşturmanın belirli aşamalarında halkın veya mağdurun ailesinin erişiminin soruşturmanın etkinliğini tehlikeye atabileceği, dolayısıyla daha sonraki aşamalarda bu erişimin sağlanabileceğini kabul ettiği belirtilmelidir.²⁹⁸ Ancak, mağdurun ailesinin meşru çıkarlarını korumasını sağlamak için yeterli erişime sahip olması gerekir.²⁹⁹

Benzer şekilde, bazı normlar, soruşturmanın bazı yönlerinin yayınlanmasının faillerin kovuşturulmasını ve cezalandırılmasını tehlikeye atabileceğini kabul eder. Bu anlamda, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Deklarasyonununun 13/4. maddesi, soruşturmanın bulgularının "devam eden bir ceza soruşturmasını tehlikeye sokmadığı sürece", ilgili kişilere açıklanması gerektiğini belirtir.³⁰⁰ Bildirgenin kabulünden bu yana yaşanan gelişmeler ışığında, özellikle de hakikati öğrenme hakkının tanındığı göz önüne alınarak Zorla ve İrade dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu: "Bu sınırlamanın dar bir şekilde yorumlanması gerektiğini" vurgulamıştır.³⁰¹ Ayrıca, "Her mağdurun, zorla kaybedilme koşullarına ilişkin

delede insan haklarının korunmasına ve desteklenmesine ilişkin İlkeler Seti, BM Bel E / CN.4 / 2005/102 (2005), İlke 10; Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Komisyonu Rehber İlkeleri, İlke VII; Mağdurun ceza hukuku ve ceza muhakemesinde konumuna İlişkin IAE No: R (85) 11 Tavsiye Kararı, IA2. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezalandırmanın Etkili Bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelenmesi El Kitabı, (İstanbul Protokolü), Profesyonel Eğitim Serisi 8 / Rev.1 (2004). No. 8/Rev.1 (2004).

²⁹⁸Ramsahai and others / Hollanda, AİHM, Büyük Daire, 15 Mayıs 2007 tarihli karar, para. 347-349.

²⁹⁹Ibid. Ayrıca bkz. McKerr / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 148; Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri, İlke VII(1).

³⁰⁰Ayrıca bkz. Her türlü Tutukluluk veya Cezaevindeki Bütün Kişilerin Korunmasına İlişkin İlkeler Bütünü, İlke 34.

³⁰¹Zorla Kaybedilmeler Çalışma Grubu, Zorla Kaybedilmelere İlişkin Hakikati Öğrenme Hakkıyla İlgili Genel Yorum, BM Bel A/HRC/16/48 (2011), s.12-17,

gerçeği, sağlanan ilerlemeyi, soruşturmanın sonuçlarını ve kaybedilen kişinin akıbetini bilme hakkı vardır” hükmünü içeren Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 24/2 maddesi benzer bir kısıtlama içermemektedir.

Başka bir deyişle, bazı bulgular ceza kovuşturması amacıyla gizli tutulsa da mağdurun akıbeti ve nerede olduğuna ilişkin bilgiler her zaman aileye verilmelidir.

Ek olarak, bilgiyi gizli tutma yetkisi, soruşturma ödevi, hakikati öğrenme hakkı ve telafi hakkı ve insan hakları ihlallerine ilişkin bilgilerin ortaya çıkarılmasındaki kamu yararı ışığında değerlendirilmelidir, ki bu bir devletin soruşturmanın sonuçlarına ilişkin bilgileri kısmen gizli tutmasına olanak tanıyabilir.³⁰² Ağır insan hakları ihlalleri veya uluslararası hukuk suçları ve yaşam, kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarının sistematik veya yaygın ihlalleri de dahil olmak üzere uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri ile ilgili bilgiler, ulusal güvenlik gerekçesiyle gizli tutulamazlar.³⁰³ İnsan hakları ya da insancıl hukukun ihlaline ilişkin bilgiler yüksek açıklanma karnesine tabidirler ve sorumlu tutulmayı önleyecek ya da bir mağdurun etkili çözüm ve telafiye erişiminden mahrum bırakacak şekilde ulusal güvenlik gerekçesiyle gizli tutulamazlar.³⁰⁴ Bu, uluslararası insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri ile ilgili hakikatin mağdurlar ve bir bütün olarak toplum tarafından öğrenilmesinin temel aracı olan soruşturmalar için özellikle geçerlidir.³⁰⁵ Uluslararası in-

para 3.

³⁰²Contreras et al / El Salvador, AAİHM, 31 Ağustos 2011 tarihli karar, para. 26 ve 173.

³⁰³Ulusal Güvenlik ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Global İlkeler, (Tshwane İlkeleri), 2013, İlke 10.A(1).

³⁰⁴Ibid, İlke 10.A(2).

³⁰⁵İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Birleşik Krallığın Yedinci Periyodik

san hakları ve insancıl hukuk ihlallerine ilişkin bilginin açığa çıkarılmasında çok güçlü bir kamu yararı bulunmaktadır. Öldürülen kişilerin isimleri de açıklanmalıdır.³⁰⁶

Özetle, mağdurlar ve yakınları delil sunma ve sunulan delillere karşı çıkma ve süreçlerden haberdar olma ve süreçlere erişim hakkını da içerecek şekilde soruşturmaya etkin bir şekilde katılma hakkına sahiptir. Bu hak, özellikle danışmanlık, tavsiye, adli yardım ve gerektiği takdirde tercüman yardımı da dahil olmak üzere yardım sağlanmasını da kapsar.

Şikayetçilerin, mağdurların, bunların yakınlarının ve tanıkların misillemeye karşı korunması

Zorla ya da irade dışı ortadan kaybolmalara ilişkin ilk kararından bu yana, Genel Kurul kaybedilmelerin, yakınları üzerinde sebep olduğu üzüntü ve ıstıraptan ne kadar derin etkilendiğini kabul etmektedir.³⁰⁷ 1987 tarihli 42/142 sayılı Kararında ve daha sonraki Kararlarda, hükümetlere “kaybedilen kişilerin ailelerini herhangi bir aşağılamaya ya da onları hedef alan kötü muamelelere karşı korumak için” gerekli adımları atma çağrısında bulunmaktadır.³⁰⁸ Mağdurları ve ailelerini koruma ödevi Bütün Kişilerin Zorla

Raporu, BM Bel CCPR/C/GBR/CO/7 (2015), para 8; El-Masri / Makedonya, AİHM, 24 Temmuz 2014 tarihli karar, para 495; Contreras et al / El Salvador, AAİHM, 31 Ağustos 2011 tarihli karar, para. 26 ve 173; Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, para 22(b).

³⁰⁶Cano davası, Meksika Yüksek Mahkemesi, Amparo başvurusu 911/2016, 1 Şubat 2017 tarihli karar; Tshwane İlkeleri, İlke 10.A(6)(b).

³⁰⁷Bkz. Genel Kurul Kararları 33/173 (1978), 35/193 (1980), 36/163 (1981), 37/180 (1982); 38/94 (1983), 39/111 (1984), 40/147 (1985), 41/145 (1986), 42/142 (1987), 43/159 (1988), 44/160 (1989), 45/165 (1990), 46/125 (1991), 47/132 (1992), 49/193 (1994), 51/94 (1994), 53/150 (1998), 55/103 (2000) ve 57/215 (2002). Ayrıca bkz. Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Bildirgesi, Madde 13(3).

³⁰⁸Genel Kurul Kararları 42/142 (1987), para 6. Ayrıca bkz. Kararlar 43/159

Kaybedilmeye Karşı Korunması Deklarasyonu'nun 13/3. maddesi, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Uluslararası Sözleşmesinin 12. maddesi ve İşkenceye Karşı Sözleşmenin 13. maddesi dahil bazı sözleşmelerde ve sözleşme dışı belgelerde yer almaktadır.³⁰⁹

Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri ve İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkelerinin her ikisi de şikayetçilerin, tanıkların, soruşturmayı yürütenlerin ve ailelerinin şiddetten, şiddet tehdidinden ya da diğer her türlü aşağılamadan korunmasını zorunlu kılar. Ölenlerin aileleri ve yasal temsilcilerinin bilgilere erişme ve delil sunma hakları olmalıdır. Soruşturmanın tamamlanmasını takiben ölen kişinin cesedi ailelerine teslim edilmelidir.³¹⁰ Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi de Devletlerin hukuk uygulayıcıların, soruşturmacıların, tanıkların ve mağdurların yakınlarının korunması için gerekli tüm önlemleri alması konusunda ısrarcı olmuştur.³¹¹

Tüm İlgili Delillerin Belgelenmesi

Etkili bir soruşturma, tüm kanıtların toplanmasını ve belgelenmesini gerektirir. İşkenceye Karşı Komite, "yaşama hakkının ihlali, herhangi bir işkence belirtisi ve özellikle cinsel şiddet durumlarında, mağdurun gösterilebileceği her bulgunun belgelenmesini önermiş-

(1988), 44/160 (1989), 45/165 (1990), 46/125 (1991), 47/132 (1992), 49/193 (1994), 51/94 (1994), 53/150 (1998), 55/103 (2000) ve 57/215 (2002).

³⁰⁹Ayrıca bkz. Çözüm ve Telifiye İlişkin BM İlkeleri, İlke VI, para 10, İlke VIII, para 12(a); Güncellenmiş İlkeler, Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin İlkeler Seti, BM Bel E/CN.4/2005/102 (2005), İlke 10; Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkeleri, İlke VII. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ve Cezaların Etkili bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelenmesi El Kitabı (İstanbul Protokolü), Profesyonel eğitimi serisi No. 8/Rev.1 (2004), para. 97-97.

³¹⁰Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, İlke 15; İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 3(b).

³¹¹Myrna Mack-Chang / Guatemala, AAİHM, 25 Kasım 2003 tarihli karar, Series C No. 101, para 199.

tir. Soruşturmanın sadece cinayeti değil, aynı zamanda işkenceyi de kapsamı için bu deliller adli raporlara dahil edilmelidir. Komite ayrıca, işkence veya kötü muamele hallerinde taraf Devletin bunu tespit edebilecek gerekli eğitime sahip tıbbi personel sağlamasını da tavsiye etmiştir.³¹²

Amerikalılar-arası Mahkeme: "Devlet, bu nedenle, uygun teknikler ve araçlarla mağdura ilişkin kalıntıların yerini belirlemeli, çıkarmalı ve kimliğini tespit etmelidir" demiştir.³¹³ Suç mahallinin korunması, parmak izlerinin muhafazası, kan numunelerinin alınması ve ilgili laboratuvar testlerinin yapılması, kıyafetlerin incelenmesi ve mağdurun yaralarının fotoğraflanmasının soruşturmaların önemli parçaları olduğunu belirtmiştir.³¹⁴

Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: "Yetkili makamlar, diğerlerinin yanı sıra, görgü tanıklarının ifadeleri, adli deliller ve uygun olduğu hallerde yaraların tam ve doğru bir şekilde kaydedilmesi ve ölüm nedeni de dahil olmak üzere klinik bulguların objektif bir analizini içeren otopsi de dahil olmak üzere delillerin korunması için gerekli tedbirleri almalıdır. Soruşturma sürecindeki ölüm nedenini veya sorumlu kişi veya kişileri tespit etme kabiliyetini zedeleyen herhangi bir eksiklik bu standartlara uyulmaması riskini doğuracaktır" demiştir.³¹⁵ "Öldürme olayına karışan kişiler duruşmada ifade vermelidir, yazılı ifadeler yetersizdir.³¹⁶ Yetkililer,

³¹²İşkenceye Karşı Komite, Sonuçlar ve Tavsiyeler Kolombiya, BM Bel CAT/C/CR/31/1 (2004), para 10(f).

³¹³Caracazo Case / Venezuela (Telafi), AAİHM, 29 Ağustos 2002 tarihli karar, Series C No. 95, para. 115, 124.

³¹⁴Myrna Mack-Chang / Guatemala, AAİHM, 25 Kasım 2003 tarihli karar, Series C No. 101, para. 167, 167.

³¹⁵Finucane / Birleşik Krallık, AİHM, 1 Temmuz 2003 tarihli karar, para 69; AK Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Rehber İlkeler, İlke VII.

³¹⁶Hugh Jordan / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 127; McKerr / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 144; Kelly / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar,

ihlallerin Devlet görevlileri tarafından işlenmesi ihtimalini peşinen göz ardı etmemelidir.³¹⁷ Olası failer araştırılmalıdır.³¹⁸ Mahkeme, adli incelemelerdeki³¹⁹, silahların tespiti ve kullanımındaki,³²⁰ otopsinin gerçekleştirilmesindeki³²¹ yaralanmalara ilişkin açıklamalardaki³²² eksiklikleri eleştirmiştir. Mahkeme ayrıca, yüzeysel ve 'etkisiz' olmaları halinde soruşturma raporlarını da eleştirmiştir.³²³

Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, soruşturmanın tüm fiziksel ve belgesel kanıtları ve tanıkların ifadelerini içermesi ve analiz etmesi gerektiğini belirtir.³²⁴ Bu amaçla, soruşturma makamı, tüm kişileri ifade vermeye ve kanıt sunmaya zorlama ve yetkililer de dahil olmak üzere tanıkları zorla getirme yetkisine sahip olmalıdır.³²⁵ Etkili bir soruşturma için gerekli tüm bütçe ve teknik

Reports 2001-III, para 124.

³¹⁷Yasa / Türkiye, AİHM, 2 Eylül 1998 tarihli karar, Reports 1998-VI, para 105; Ergi / Türkiye, AİHM, 28 Temmuz 1998 tarihli karar, Reports 1998-IV, para 83; Assenov / Bulgaristan, AİHM, 28 Ekim 1998 tarihli karar, Reports 1998-VIII, para. 103, 105; Mahmut Kaya / Türkiye, AİHM, 28 Mart 2000 tarihli karar, Reports 2000-III, para 96.

³¹⁸Mahmut Kaya / Türkiye, AİHM, 28 Mart 2000 tarihli karar, Reports 2000-III, para 105; Kiliç / Türkiye, AİHM, 28 Mart 2000 tarihli karar, Reports 2000-III, para 80.

³¹⁹Mahmut Kaya / Türkiye, AİHM, 28 Mart 2000 tarihli karar, Reports 2000-III, para 104.

³²⁰Kaya / Türkiye, AİHM, 19 Şubat 1998 tarihli karar, Reports 1998-I, para 89; Ogur / Türkiye, AİHM, 20 Mayıs 1999 tarihli karar, Reports 1999-III, para 89.

³²¹Kaya / Türkiye, AİHM, 19 Şubat 1998 tarihli karar, Reports 1998-I, para 89; Ogur / Türkiye, AİHM, 20 Mayıs 1999 tarihli karar, Reports 1999-III, para 89; Salman/ Türkiye, AİHM, 27 Haziran 2000 tarihli karar, Reports 2000-V, para 106.

³²²Mahmut Kaya / Türkiye, AİHM, 28 Mart 2000 tarihli karar, Reports 2000-III, para 104.

³²³Ergi / Türkiye, AİHM, 28 Temmuz 1998 tarihli karar, Reports 1998-IV, para 84; Assenov / Bulgaristan, AİHM, 28 Ekim 1998, Reports 1998-VIII, para 103; Ogur / Türkiye, AİHM, 20 Mayıs 1999 tarihli karar, Reports 1999-III, para 89.

³²⁴Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, İlke 9.

³²⁵Ibid, İlke 10.

kaynaklara sahip olmalıdır.³²⁶ Soruşturmanın yetersiz kaldığı durumlarda, hükümetler yeni, bağımsız ve tarafsız bir soruşturma başlatmak zorundadır.³²⁷

Bu İlkeler ayrıca, ilgili tüm verilere erişimi olan tarafsız bir uzman tarafından yapılması gereken otopsiye ilişkin çok ayrıntılı gereklilikler öngörmektedir. Yeterli bir otopsi yapıncaya kadar ceset gömülmemeli ya da yakılmamalıdır.³²⁸ Ceset gömülmüşse ve daha sonra bir soruşturmanın gerekli olduğu anlaşılıyorsa, ceset otopsi için düzgün bir şekilde ve tamamen çıkarılmalıdır. İskelet kalıntıları bulunursa, dikkatlice çıkarılıp sistematik antropolojik tekniklere göre incelenmelidir.³²⁹ Otopsi, ölen kişinin kimliğini ve ölüm nedenini ve diğer tüm ilgili koşulları belirlemeli ve işkence kanıtları dahil olmak üzere tüm yaraları tanımlamalıdır.³³⁰

İşkencenin Araştırılmasına İlişkin BM İlkeleri, en yüksek etik standartlara göre yapılması gereken tıbbi muayene için detaylı gereklilikler öngörmektedir.³³¹ Bu gereklilikler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezalandırmanın Etkili Bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelenmesi El Kitabında (İstanbul Protokolü olarak bilinir) ve Muhtemel Yasadışı Ölümün Soruşturulmasına İlişkin Minnesota Protokolü'nde daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır. İşkence Özel Raportörü, kamuya ait adli tıp kurumlarının adli amaçlı delil inceleme konusunda tek yetkisine sahip olmaması gerektiğini tavsiye etmiştir.³³²

³²⁶Ibid, ilke 10.

³²⁷Ibid, ilke 11.

³²⁸Ibid, ilke 11.

³²⁹Ibid, ilke 12.

³³⁰Ibid, ilke 13.

³³¹Ibid, ilke 6.

³³²İşkence Özel Raportörünün Raporu, BM Bel E/CN.4/2003/68 (2002), tavsiye 26(k). Ayrıca bkz. İşkence Özel Raportörünün Birleştirilmiş Raporları, BM Bel A/56/1563 (2001), para 39(j).

Soruşturma Sırasında Görevlilerin Görevden Uzaklaştırılması

Soruşturma sırasında kamu görevlilerinin görevden uzaklaştırılması ihtiyacı bazı uluslararası belgelerde yer almakta ve insan hakları kuruluşları tarafından giderek daha fazla tanınmaktadır.

Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına İlişkin Bildirge,³³³ Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri³³⁴ ve İşkencenin Araştırılmasına İlişkin BM İlkeleri,³³⁵ ihlallere karışmış olma ihtimali olanların, şikâyetçiler, tanıklar ve aileleri ile soruşturma yürütenler üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak etki sahibi olabilecekleri makamlardan ve yetkilerden uzaklaştırılmasını gerektirmektedir.

Bu belgeler, şikâyetçi, tanık ve aileleri üzerinde kontrol veya yetkiye sahip olan görevlilerin görevden uzaklaştırılmasını gerektirirken, İnsan Hakları Komitesi, İşkenceye Karşı Komite ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi daha da ileri gitmişlerdir. İnsan Hakları Komitesi: "ciddi ihlallere karıştığı iddia edilen kişilerin, iddiaların soruşturulması sırasında resmi görevlerinden uzaklaştırılması gerektiği" konusunda ısrar etmektedir.³³⁶ İşkenceye Karşı Komite ve işkence Özel Raportörü benzer tedbirler önermişlerdir.³³⁷ Avrupa Mahkemesi, "Devlet görevlilerinin kötü muamele içeren suçlarla

³³³Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Bildirgesi, madde 16.

³³⁴Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, İlke 15.

³³⁵İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 3(b).

³³⁶İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Sırbistan ve Karadağ, BM Bel CCPR/CO/81/SEMO (2004), para 9; Brezilya, BM Bel CCPR/C/79/Add.66 (1996), para 20; ve Kolombiya, BM Bel CCPR/C/79/Add.76 (1997), para. 32 ve 34.

³³⁷İşkenceye Karşı Komite, Sonuç Gözlemleri Bolivya, BM Bel A/56/44 (2001), para. 89-98 ve 97; İşkence Özel Raportörünün Tavsiyeleri, BM Bel E/CN.4/2003/68 (2002), Tavsiye 26(k).

suçlandığı durumlarda, soruşturma ya da yargılama sırasında görevlerinden alınmalarının önemli olduğunu” belirtmiştir.³³⁸

Soruşturmanın Kamuya Açıklanması

Soruşturma, yalnızca raporun hemen kamuya açıklanması ve bu tür soruşturmaların yöntem ve bulgularını açıklanması durumunda amacını yerine getirecektir.³³⁹ Rapor, gerçekleştiği tespit edilen olayları ve bu bulguların dayandığı kanıtları ayrıntılı olarak açıklamalı ve kimlikleri kendi güvenlikleri için saklı tutulanlar dışında, tanıklık edenlerin adlarını listelemelidir.³⁴⁰ Amerikalılar-arası Mahkeme ve Komisyon, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu da soruşturma bulgularının kamuya duyurulması gerektiğini belirtmişlerdir.³⁴¹

³³⁸Gäfgen / Almanya, AİHM, 1 Haziran 2010 tarihli karar, para 125.

³³⁹Bkz. Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Bildirgesi, Madde 13(4).

³⁴⁰Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, İlke 17; İşkencenin Soruşturulmasına İlişkin BM İlkeleri, İlke 5(b); Juan Humberto Sánchez / Honduras, AAİHM, 7 Haziran 2003 tarihli karar, Series C No. 99, para 186.

³⁴¹Juan Humberto Sánchez / Honduras, AAİHM, 7 Haziran 2003 tarihli karar, Series C No. 99, para 186; McKerr / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 141; Amnesty International et al / Sudan, AİHHK Kararları 48/90, 50/91, 52/91 ve 89/93 (2000), para 51.

Özetle:

- İnsan hakları ihlali mağdurları ve yakınları, soruşturma makamının kişisel ve kurumsal bağımsızlığını gerektiren, derhal, tarafsız, eksiksiz ve bağımsız bir resmi soruşturma yapılmasını isteme hakkına sahiptir. Askeri kuvvetleri karıştığı ihlallerde, soruşturma sivil otoriteler tarafından yapılmalıdır.
- Soruşturma failerin tespitine ve gerektiğinde cezalandırılmasına öncülük edebilmelidir.
- Soruşturma makamlarına, etkili bir soruşturma yürütmek, özellikle de tüm tanıkların ifade vermesini sağlamak, için gerekli yetki ve kaynaklar sağlanmalıdır.
- Mağdurlar ve yakınları, delillere itiraz etme ve delil sunma ve soruşturmalar hakkında bilgilendirilme ve bunlara erişim hakkını içerecek şekilde, soruşturmaya etkili bir şekilde katılma hakkına sahiptir. Bu ayrıca, özellikle danışmanlık, tavsiye ve gerekirse adli yardım ve tercüman sağlanmasını da içeren yardım sağlanmasını da kapsar.
- Mağdurlar, akrabaları ve tanıklar, tehditler ve gözdağı da dahil olmak üzere misillemeye karşı korunmalıdır.
- Soruşturma tüm kanıtları toplamalı ve belgelendirmeli, ihlale ilişkin gerçekleri ve nedenlerini açıklamalı ve soruşturmanın yöntemlerini, kanıtlarını ve sonuçlarını mağdurlara, onların yakınlarına ve halka açıklamalıdır.
- Soruşturmaya tabi tutulan görevliler soruşturma süresi boyunca görevden uzaklaştırılmalıdır.
- İrkçi şiddet eylemlerini içeren soruşturmalarda, yetkililer, herhangi bir ırkçı amacı saptamak ve etnik nefretin ya da ön yargının olaylarda rol oynamış olup olmadığını belirlemek için tüm makul adımları atma konusunda ilave bir yükümlülüğe sahiptir.

5. Hakikati Öğrenme Hakkı

*Yaşam sonsuza kadar gömülebilir, ama hakikat her zaman ortaya çıkar.*³⁴²

Hakikati öğrenme hakkı, aile üyelerinin, diğer yakın akrabaların ve toplumun, ciddi insan hakları ihlalleriyle ilgili gerçeği bilme hakkıdır. Bu çözüm hakkı ve soruşturma yapılmasını isteme hakkıyla ilişkilidir. Aynı zamanda, mağdurların ve akrabalarının diğer taleplerinden bağımsız, herkese insan haklarını sağlama hakkından doğan, Devletin bir bütün olarak topluma karşı objektif bir yükümlülüğü olan, özerk bir haktır.

5.1 İnsancıl Hukuk

Gerçeği öğrenme hakkı kavramı, insancıl hukuktan insan hakları hukukuna geçmiştir. Nitekim, Birinci ve İkinci Cenevre Sözleşmelerinin 15. vd ve 18. vd maddeleri çatışmanın karşı tarafına ait yaralı, hasta ve ölüleri arama, bakım ve kimliklerini tespit etme yükümlülüğünden söz eder ve ölülere ilişkin bilgileri verme, ölüleri gömme ödevi yükler. Benzer şekilde, Üçüncü Cenevre Sözleşmesinin 122 vd maddeleri ve Dördüncü Cenevre Sözleşmesinin 136 vd maddeleri, savaş esirleri ve sivil kişiler hakkında bilgi toplanmasını ve iletilmesini düzenlemektedir. En önemlisi, uluslararası silahlı çatışmalarda mağdurların korunmasını düzenleyen Cenevre Sözleşmelerine Birinci Ek Protokolün 32. maddesi, "ailelerin akrabalarının akıbetini bilme haklarından" açıkça bahsetmektedir. Aynı Protokolün 33/1 maddesi, çatışmanın bütün taraflarının "karşı tarafça kayıp olduğu bildirilen kişileri arama" yükümlülüğünü öngörmektedir. Bu yükümlülüklerin her ikisi -aileleri yakınlarının akıbeti hakkında bilgilendirme ve kayıp kişileri arama yükümlülükleri- daha sonra, özellikle zorunlu ve irade dışı kayıplarla ilgili olarak, uluslararası insan hakları hukukunda geliştirilmiş olan hakikati bilme hakkının merkezinde yer almaktadır.

³⁴²F. M. Dostoyevski, Suç ve Ceza, 3. Kısım, 1. Bölüm.

Bu yükümlülükleri güçlendirmek için, Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı, çatışmanın taraflarını "ölülerin mezarlarının tespitinde yardımcı olmaya ve kayıp ve ölümlerin akıbetini belirleme çalışmalarında UKHK ve Ulusal topluluklarla iş birliği yapmaya" davet etmiş³⁴³ ve devletleri "kayıp kişilerin akıbetini belirlemeye yardımcı olabilecek uygun önlemleri almaya" çağırılmış ve "hükümetlerin kaybolmaları önlemesini ve önlemeye çalışmasını ve kendi topraklarında meydana gelen her ortadan kaybolma vakası hakkında ayrıntılı soruşturma yapmalarını" istemiştir.³⁴⁴ "Aile birleşmelerinin, ayrı düşen aile üyelerinden birinin talebi üzerine üyelerin yerinin belirlenmesiyle başlaması ve bir aile olarak bir araya gelmeleri ile sona ermesi gerektiğini" vurgulamış, ve "Devletleri kendi ülkelerindeki ilgili Ulusal Kızılhaç veya Kızılay Derneklerinin ilgili verilere erişmelerini sağlamak suretiyle aile üyelerini arama çabalarını kolaylaştırmaya çağırılmış" ve "kayıp savaş esirleri ve görev sırasında kaybolanlar da dahil olmak üzere ailelerin kayıp kişiler hakkında bilgi edinme *hakkına* ve ihtiyacına vurgu yaparak Devletleri ve çatışmanın taraflarını ailelere kayıp yakınlarının akıbeti hakkında bilgi vermeye çağırmıştır" (vurgu eklenmiştir).³⁴⁵

28. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nın kabul ettiği İnsani Eylem Gündemi, kayıp kişiler konusunu dört insani meseleden biri olarak tanımlamaktadır. 1977 tarihli I. Ek Protokolünün 32. maddesini hatırlatarak "Bu anlayışla, silahlı çatışma veya diğer silahlı şiddet durumlarının sonucu olarak kaybolan aile üyelerinin akıbeti ve nerede oldukları, eğer ölmüşlerse, ölüm nedenleri ailelere bildirilmelidir. Aileler ve topluluklar, kişilerin kaybolmasına neden olan olayların resmi olarak kabulünü elde etmeli (devlet olayları kabul etmeli ç.n.) ve bu gibi durumlara yol açan ihlallerin failleri sorumlu

³⁴³22. Kızılhaç ve Kızılay Uluslararası Konferansı, 1973, Karar V.

³⁴⁴24. Kızılhaç ve Kızılay Uluslararası Konferansı, 1981, Karar II.

³⁴⁵26. Kızılhaç ve Kızılay Uluslararası Konferansı, 1995, Karar 2, para. D(c), (g) ve (k).

tutulmalıdır” demektedir.³⁴⁶ Ayrıca, kayıp kişilerle ilgili bilgileri yönetme ve aileleri bilgilendirme ve belirsizliklere ve kaygılarına son verme, ve kadınların ve çocukların özel ihtiyaçlarını dikkate alarak aile üyelerini korumak ve onlara yardım etmek için özel önlemler almak suretiyle dosyaları işleme sürecinde verimlilik konusunda daha detaylı bilgiler verir.³⁴⁷

Uluslararası Kızıl Haç Komitesi, uluslararası insancıl teamül hukukuna ilişkin çalışmasında, kayıp şahıslar konusunda hesap verme ve onların akıbeti hakkında aile üyelerine bilgi verme yükümlülüğünün hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu sonucuna varmıştır.³⁴⁸

Birleşmiş Milletler Zorla veya İrade dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, aile üyelerinin kaybedilenlerle ilgili gerçeği bilme hakkını, Cenevre Sözleşmelerine İlişkin Birinci Protokole dayanarak tanıtmıştır. Daha sonra Zorla Kaybetmelerle İlişkin Gerçeği Bilme Hakkı konusunda bir Genel Yorum yayınlamıştır.³⁴⁹

Kayıp şahıslarla ilgili kararlarında Genel Kurul, Cenevre Sözleşmelerine Ek I. Protokolün 32. maddesinde yer alan “ailelerin silahlı çatışmalarla bağlantılı olarak kayıp olduğu bildirilen akrabalarının akıbetini bilme hakkını” teyit etmiştir.³⁵⁰ Birinci Ek Protokolün 33. Maddesinde belirtildiği gibi “silahlı çatışmanın her

³⁴⁶28. Kızılhaç ve Kızılay Uluslararası Konferansı, 2003, İnsani Eylem İçin Gündem, Nihai Hedef 1.2.

³⁴⁷Ibid, Hedefler 1.2-1.6 ve önerilen eylemler.

³⁴⁸UKHK, Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku, Cilt I, Kurallar (Cambridge University Press, 2005), Kural 117, s. 421.

³⁴⁹Zorla ya da İrade Dışı Kaybedilmelere İlişkin Çalışma Grubu Raporu, BM Bel E/CN.4/1435 (1981), para. 186 vd.; Zorla ya da İrade Dışı Kaybedilmelere İlişkin Çalışma Grubu Raporu, BM Bel E/CN.4/1983/14 (1983), para 134; Zorla ya da İrade Dışı Kaybedilmelere İlişkin Çalışma Grubu, Zorla Kaybedilmelerle İlgili Hakikati Öğrenme Hakkına İlişkin Genel Yorum, BM Bel A/HRC/16/48 (2010).

³⁵⁰Genel Kurul kararı 57/207 (2003), para 2.

bir tarafı, şartlar elverdiği anda ve en geç aktif çatışmaların sona ermesinden itibaren, karşı tarafça kayıp olduğu bildirilen kişileri arayacaktır” demiş ve “ silahlı çatışmaya taraf olan devletlere, silahlı çatışma ile bağlantılı olarak kayıp olduğu bildirilen kişilerin kimliğini tespit etmek ve akıbetini belirlemek için acil adımlar atmaları yönünde” çağrıda bulunmuştur.³⁵¹ Ayrıca: “Devletlerin, silahlı çatışmalarla ilgili olarak kayıp olduğu bildirilen çocuk vakalarına azami dikkat etmelerini ve bu çocukları aramak ve kimliklerini belirlemek için uygun önlemleri almalarını istemiştir”.³⁵²

Benzer şekilde, Genel Sekreter, Birleşmiş Milletler uluslararası insancıl hukuk kuvvetlerinin gözetmesi gereken bazı ilke ve kuralları yayımlamıştır; bu kurallar şunu da içermektedir: “Birleşmiş Milletler kuvveti, ailelerinin, hasta, yaralı ya da ölen yakınlarının akıbeti hakkında bilgi sahibi olma hakkına saygı gösterecektir”.³⁵³

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu da aynı şekilde, “insan hakları ihlalleri mağdurları için, onların çektiği acılardan ve işbirlikçileriyle birlikte ihlallerin failleriyle ilgili gerçeklerden kamuoyunun bilgi sahibi olması rehabilitasyon ve uzlaşma yolunda atılmış önemli adımlar olduğunu” kabul etmiştir.³⁵⁴ Kayıp Şahıslarla İlgili Kararında Komisyon, Devletlerin uluslararası insancıl hukuk kurallarına sıkı bir şekilde uymalarını, saygı duymalarını ve kuralara saygı duyulmasını güvence altına almalarını talep etmiş ve ailelerin, silahlı çatışmalarla ilgili olarak kayıp oldukları bildirilen akrabalarının akıbetini bilme hakkını teyit etmiştir.³⁵⁵ İnsan Hakları Konseyi, müteakip kararlarda bu ilkeleri onaylamış ve daha da detaylandırmış ve 2011 yılında, özellikle, ağır insan hakları ihlalleri

³⁵¹Ibid, para 3.

³⁵²Ibid, para. 2-3.

³⁵³BM Genel Sekreteri Bülteni, Birleşmiş Milletler güçlerinin uluslararası insancıl hukuka uyması, BM Bel ST/SGB/1999/13 (1999), para 9.8.

³⁵⁴İnsan Hakları Komisyonu kararı 2003/72, para 8. Ayrıca bkz. Kararlar 2002/79, para 9, 2001/70, para 8, ve 2000/68, para 2.

³⁵⁵İnsan Hakları Komisyonu kararı 2002/60, para 2.

ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerini ele almak üzere, hakikatin, adaletin, telafilerin ve ihlalin tekrarlamaması güvencelelerinin desteklenmesi konusunda Özel bir Raportör tayin etmiştir.³⁵⁶

5.2. İnsan Hakları Hukuku

Uluslararası insan hakları hukuku alanında, hakikati bilme hakkı, mahkemeler de dahil olmak üzere uluslararası insan hakları organlarının uygulamalarıyla geliştirilen bir hukuki kavramdır. Ayrıca, bu hak hakikati bilme hakkını açıkça tanıyan Bütün İnsanların Zorla Kaybedilmelere Karşı Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 24/2. maddesi de dahil olmak üzere uluslararası standartlarda yer almaktadır.

Birleşmiş Milletler Sistemi

Uluslararası insan hakları hukuku alanında hakikati bilme hakkından, İnsan Hakları Komitesi içtihadında söz edilmiştir. 1981 yılında Komite, *Almeida de Quinteros* davasında, “kızının ortadan kaybolması ve akıbeti ve nerede olduğu konusunda devam eden belirsizlik dolayısıyla annenin duyduğu acıyı ve stresi anlamaktadır. Başvurucu, kızının başına neler geldiğini *bilme hakkına* sahiptir. Bu bakımdan başvurucu da, kızının başına gelen Sözleşme ihlallerinin, özellikle 7. madde ihlalinin mağdurudur” demiştir.³⁵⁷ Bu davada Komite, hakikati bilme hakkını sadece usulü bir hak değil maddi bir hak olarak ele almış ve bu hakkın ihlalinin işkence ya da diğer zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezadan korunma hakkının ihlali anlamına geleceğine karar vermiştir.³⁵⁸ Gerçekten de, yetkililerin kaybedilmeleri soruşturmaması bazen aileler için o derece büyük acıya sebep olur ki, hakikati bilme hak-

³⁵⁶İnsan Hakları Konseyi kararı 21/7 (2012) ve 18/7 (2011).

³⁵⁷*Almeida de Quinteros et al / Uruguay*, İnsan Hakları Komitesi Kararı 107/1981, BM Bel CCPR/C/19/D/107/1981 (1983), para 14.

³⁵⁸Ayrıca bkz. *Sarma v Sri Lanka*, İnsan Hakları Komitesi Kararı 950/2000, BM Bel CCPR/C/78/D/950/2000 (2003), para 9.5.

kının reddi, zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele teşkil eder.

Hakikati bilme hakkı, başlangıçta, zorla kaybedilmelerle ilişkiliyken, İnsan Hakları Komitesi, genel olarak tüm insan hakları ihlalleri için uygulanacağını açıkça ortaya koymuştur.³⁵⁹

Birleşmiş Milletlerin diğer mekanizmaları da hakikati bilme hakkına vurgu yapmıştır. Yukarıda belirtilen BM Zorla veya İrade dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu'nun hakikati bilme hakkını tanımamasının ötesinde, İnsan Hakları Komisyonu ve daha sonra İnsan Hakları Konseyi sürekli olarak hakikati bilme hakkını kabul etmiştir.³⁶⁰

Cezasızlığa İlişkin BM Güncellenmiş İlkeleri, "vazgeçilemez nitelikteki hakikati bilme hakkını", "hatırlama ödevini", "mağdurun bilme hakkını" ve "bilme hakkını hayata geçirme güvencelerini" nitelendirmiş ve tanımıştır.³⁶¹

İnsan Hakları ve Olağanüstü Haller Konusundaki çalışmasında, Alt Komisyonun Özel Raportörü "bilme hakkının" ya da "hakikati bilme hakkının" derogasyona (yükümlülük azaltma) tabi olmayan bir hak olarak tanınması gerektiğini belirtmiştir. Onun görüşüne göre bu hak, "ailenin haklarıyla ve çözüm hakkıyla yakından bağlantılıdır" ve "bu sistemlerdeki [Birleşmiş Milletler ve Amerikanlar-arası] bir biriyle örtüşen içtihatlar ve ilgili Birleşmiş Milletler raportörlerinin aynı yöndeki görüşleri, uluslararası teamül hukuku kuralının varlığını kanıtlar".³⁶² Aynı şekilde, Zorla ve İrade dışı Kaybedilmeler

³⁵⁹İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri Guatemala, BM Bel CCPR/C/79/Add.63 (1996), para 25; Hugo Rodríguez / Uruguay, İnsan Hakları Komitesi Kararı 322/1988, BM Bel CCPR/C/51/D/322/1988 (1994), para. 12(3) ve 14.

³⁶⁰İnsan Hakları Komitesi Kararı 2005/66; İnsan Hakları Konseyi Kararı 9/11 (2008) ve 12/12 (2009).

³⁶¹Güncellenmiş İlkeler, Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi için İlkeler Seti, BM Bel E/CN.4/2005/102 (2005), İlkeler 2-5.

³⁶²İnsan Hakları ve Olağanüstü Haller Konusunda Özel Raportörün Raporu, BM

Çalışma Grubu, "akrabaların, kaybedilen kişilerin akıbetine ve nerede olduklarına ilişkin hakikati bilme hakkının, herhangi bir sınırlama veya yükümlülük azaltmaya tabi olmayan mutlak bir hak olduğunu" kabul etmiştir.³⁶³

İnsan Haklarının Desteklenmesi ve Korunması Alt Komisyonunun, cezasızlığa ilişkin Özel Raportörü, hakikati bilme hakkını korumak ve güvence altına almak için Devletlerin benimsemeleri gereken iki önlem önermiştir. Bunlardan ilki, suç teşkil eden davranışlara izin veren önceki mekanizmaları dağıtmak, bu tür uygulamaların tekrarlanmamasını sağlamak, mahkemeler için delilleri korumak ve aynı zamanda ağır ihlalleri dile getirdikleri için itibarsızlaştırılanları rehabilite etmek için 'yargı dışı soruşturma komisyonları' kurulmasıdır.³⁶⁴ Ancak, bu komisyonların, mahkemelere gitmemek için bir bahane olmaması gerektiğinin altını çizerek,³⁶⁵ hakikati bilme hakkının ve adalet hakkının bir birini tamamlayıcı nitelikte olduğu ve birbirinin yerine geçemeyeceği temel ilkesini doğrulamıştır. Özel Raportörün gözünde, hakikati bilme hakkının ikinci bileşeni, arşivlerin korunmasına duyulan ihtiyaçtır.³⁶⁶ Hakikati bilme hakkının bu bileşenleri, Alt Komisyonun Özel Raportörü tarafından hazırlanan ve Komisyonun bağımsız uzmanı tarafından güncellenen Cezasızlığa İlişkin BM Güncellenmiş İlkelerine yansıtılmıştır.³⁶⁷

Bel E/CN.4/Sub.2/1995/20 (1995), EK I, para 39(f).

³⁶³Zorla Kaybedilmelerle İlgili Hakikati Öğrenme Hakkına İlişkin Genel Yorum, BM Bel A/HRC/16/48 (2011), pp.12-17, para 4.

³⁶⁴İnsan Hakları (medeni ve siyasi) İhlali Faillerinin Cezasızlığı Sorunu Konusundaki Özel Raportörün Gözden Geçirilmiş Nihai Raporu, BM Bel E/CN.4/Sub.2/1997/29/Rev.1 (1997), para 19.

³⁶⁵Ibid.

³⁶⁶Ibid, para 25.

³⁶⁷Ibid, Ek II; ve Güncellenmiş İlkeler, Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi için İlkeler Seti, BM Bel E/CN.4/2005/102 (2005), ilkeler 2-5.

Hakimlerin ve Avukatların Bağımsızlığına İlişkin Özel Raportör, hakikati bilme hakkı ile adalet hakkı arasındaki karşılıklı bağımlılığı vurgulamıştır:

“Hakikati bilme hakkının hayata geçirilmesinde, adalet hakkı önemli bir rol oynamaktadır, çünkü soruşturmalardan, kanıtları değerlendirmekten ve sorumluları yargı önüne getirmekten sorumlu olan adli makamların işlemleri yoluyla ihlal teşkil eden fiillere ilişkin bilgilerin ortaya çıkmasını sağlar. Diğer taraftan adalet hakkı, etkin bir hukuk yoluna başvurma hakkı anlamına gelir; bu, kanuna göre kurulmuş tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde hak talebinde bulunma olasılığını ifade eder ve faillerin adil bir yargılanma sürecinde yargılanıp cezalandırılmasını sağlarken, mağdurlar için adil bir tazminat ödenmesini gerektirir. Bu yüzden adalet hakkı açısından hakikatin bilinmesi, hem sorumlulukların belirlenmesi için bir önkoşul hem de tazminat sürecinde atılacak ilk adımdır.”³⁶⁸

Hakikatin, Adaletin, Telafilerin ve Tekrarlanmama Güvencelerinin Desteklenmesi Özel Raportörünün görevinin kabul edilmesiyle İnsan Hakları Konseyi, hakikati bilme hakkı ile adalet hakkı arasındaki birbirini tamamlayıcılık niteliğini kabul etmiştir.³⁶⁹ Özel Raportör, ilk raporunda, görevi kapsamındaki dört unsurun “ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin” ve “ağır insan hakları ihlallerinin ve kötüye kullanmaların sonuçlarını düzeltmek için uygulandığında birbiriyle ilişkili ve birbirini destekleyecek bir önlemler dizisi olduğundan” kapsamlı bir yaklaşımın önemini vurgulamıştır.³⁷⁰ Aynı zamanda, her bir önlem kendi başına yetersizdir: “Bu önlemlerin her birinin tek başına zayıflığı, her birinin kendi bireysel sınırlılıklarını telafi etmek için diğerleriyle etkileşime girebileceği yollar aramaya yönelik güçlü bir teşvik sağlar”.³⁷¹ Aslında,

³⁶⁸Hakimlerin ve Avukatların Bağımsızlığı Konusunda Özel Raportörün Raporu, BM Bel E/CN.4/2006/52 (2006), para 17.

³⁶⁹İnsan Hakları Konseyi raporu 18/7 (2011).

³⁷⁰Hakikatin, Adaletin, Telafilerin ve Tekrarlanmama Güvencelerinin Desteklenmesi Özel Raportörünün Raporu, BM Bel A/HRC/21/46 (2012), para 21.

³⁷¹Ibid, para 22.

Hakikatin, Adaletin, Teliflerin ve Tekrarlanmama Güvencelerinin Desteklenmesi Özel Raportörünün vurguladığı gibi, "hakikati arama uygulamaları, en eksiksiz olanlar bile, kendi başlarına uygulandıklarında, adaleti sağlamak için yeterli değildir ve yeterli bir giderimin sağlanması için hakikatin açığa çıkarılması yetmez. Adalet sadece bir iç görü çağırısı değildir, aynı zamanda açığa çıkarılan hakikatler doğrultusunda harekete geçilmesini gerektirir. Benzer şekilde, kovuşturma, hakikat arayışı veya kurumsal reform olmaksızın telafi sağlanması, mağdurların vicdanını satın alma çabası olarak görülebilir. Son olarak, arındırma gibi kurumları reform etmeye yönelik tedbirler, diğer mekanizmaların bulunması halinde, hem düzeltmeye çalıştıkları ihlallere cevap vermede yetersiz, hem de tekrarlanmamayı garanti altına almak için yetersiz kalacaktır."³⁷²

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu 1985-1986 Yıllık Raporunda şöyle demiştir:

"Her toplumun, geçmiş olaylarla ilgili hakikati ve gelecekte olayların tekrarlanmasını önlemek için kötü suçların işlenme sebeplerini ve koşullarını bilme konusunda vazgeçilemez bir hakkı vardır. Ayrıca, mağdurların aile fertleri, akrabalarına ne olduğu konusunda bilgi alma hakkına sahiptir. Bu şekilde hakikate erişim, elbette sorumlu bir şekilde kullanılması gereken ifade özgürlüğü; üyeliğin ve yetkilerinin her ülkenin iç mevzuatına uygun olarak belirlenmesi gereken soruşturma komitelerinin kurulmasını veya gerekli her türlü soruşturmayı yürütebilmesi için yargıya yeterli kaynakların sağlanması gereğini varsayar. Komisyon, yukarıda belirtilen ilkelere uyulması halinde intikamdan ziyade adaletin sağlanacağını ve bu şekilde ne ulusal uzlaşma için acil ihtiyaç ortaya çıkacağı ne de demokratik hükümetin güçlendirilmesinin tehlikeye atılmayacağı kanaatindedir."³⁷³

³⁷²Ibid, para 23.

³⁷³AAİHK, Yıllık Rapor, 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8, rev 1, Bölüm V. Ayrıca bkz. AAİHK, Yıllık Rapor, 1987-1988, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10, Rev.1, p.359.

Komasyon, hakikati bilme hakkını, adil yargılanma ve adli korumaya erişim hakkından (AmeİHS, Madde 8 ve 15) ve bilgi edinme hakkından (AmeİHS, Madde 13) türetmiştir.³⁷⁴ Komasyon, hakikati bilme hakkını, "mağdurun veya yakınlarının, Sözleşmenin 8. ve 25. maddelerine göre yürütülecek soruşturma ve kovuşturma yoluyla, ihlal ile ilgili gerçeklerin ve yetkili Devlet organlarının bunlara ilişkin sorumluluklarının açıklığa kavuşturulmasını isteme hakkının" altında ele almıştır.³⁷⁵ Ayrıca, "insan hakları ihlallerinde telafi hakkının bir parçası" olarak "ortaya çıkan olaylara, bunların özel koşullarına ve bunlara katılanlara ilişkin tam, eksiksiz ve kamusal gerçeği bilme" hakkını da tanımıştır.³⁷⁶

Amerikalılar-arası Komasyonun yorumuna göre hakikati bilme hakkı, hakikatin adli olarak araştırılmasını ve soruşturulmasını ve faillerin adli yaptırımlara çarptırılmasını isteme hakkıdır. Hakikat komasyonu gibi adli olmayan bir organ bu hakkın yerini alamaz. Komasyon şöyle demiştir:

"Hakikat Komasyonunun en ciddi ihlalleri çevreleyen gerçekleri belirlemede ve ulusal uzlaşmayı desteklemede yaptığı önemli katkılara rağmen, her ne kadar alakalı olsa da, AAİHK, Hakikat Komasyonunun oynadığı rolün, hakikati açığa çıkarma yöntemi olarak gerçek bir adli soruşturmanın yerini alacak uygun bir alternatif olarak görülemeyeceği kanaatindedir. Hakikat komasyonlarının değeri, bunların yargılama olmayacağı varsayımıyla değil, gerçeği ortaya çıkarma ve nihai olarak adaleti gerçekleştirmeye yönelik bir adım olarak kurulmuş olmalarıdır. Hakikat Komasyonunun kurulması, Devletin, kendi yetki alanı dahilinde işlenen ihlalleri araştırma ve sorumlu olanları tespit etme, cezalandır-

³⁷⁴Lucio Parada Cea and others, AAİHK, Dava 10.480, Report N° 1/99, 27 Ocak 1999, para 148 vd.

³⁷⁵Bámaca Velásquez / Guatemala, AAİHM, 25 Kasım 2000 tarihli karar, Series C No. 70, para 201; Barrios Altos Case (Chumbipuma Aguirre et al. / Peru), AAİHM, 14 Mart 2001 tarihli karar, Series C No. 75, para 48.

³⁷⁶Monsignor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez (El Salvador), AAİHK, Rapor No. 37/00, Case 11.481, 13 Nisan 2000, para 148; Lucio Parada Cea and others, AAİHK, Rapor No. 1/99, Case 10.480, 27 Ocak 1999, para 155.

ma ve mağdurlara yeterli tazminat ödenmesini sağlama (Amerikan Sözleşmesinin 1/1 maddesi) şeklindeki tamamı cezasızlıkla mücadele kapsamında yer alan, yükümlülüklerinin yerine geçmez.³⁷⁷

*Carmen Aguiar de Lapacó*³⁷⁸ davası, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu'nun önüne getirildikten ve taraflar arasında dostane bir çözüme ulaşılmamasından sonra, Arjantin Hükümeti, ağır insan hakları ihlallerinin faillerinin kovuşturulmasını önleyen Af Kanunlarına rağmen, "kaybedilen kişilerin nerede olduğu hakkında bilgi edinmek için tüm yolların tüketilmesini de içeren, hakikati bilme hakkını" güvence altına almayı taahhüt etmiştir.³⁷⁹ Sonuç olarak, Arjantin mahkemelerinin "gerçeklere ilişkin yargılamalar" gerçekleştirmesine izin verilmiş ve hakikat davalarını soruşturmak için geçici bir (*ad hoc*) Savcılık Komisyonu kurulmuştur. Temmuz 2001'de yaklaşık 3.570 insan hakları vakası soruşturuluyordu.³⁸⁰

Amerikalılar-arası Mahkeme, "hakikati bilme hakkının, mağdurun veya akrabalarının, yetkili Devlet makamlarından, sorumlu kişilerin soruşturulması ve yargılanması yoluyla, hukuka aykırı eylemler ve bunlardan sorumlu olanların tespit edilmesine ilişkin hakikatleri elde etme hakkına dahil olduğu" kanaatinde olduğunu belirtmiştir.³⁸¹ Başka bir deyişle, hakikati bilme hakkı, adalete ve adil yargılanmaya erişim hakkı ve adli koruma hakkına (8. ve 25. maddeler) dahil olan bir alt hak³⁸² olup, bağımsız bir hak değildir.³⁸³ Bu ne-

³⁷⁷Ignacio Ellacuría S.J. et al (El Salvador), AAİHK, Rapor No. 136/99, Case 10.488, 22 Aralık 1999, para. 229 vd.

³⁷⁸Carmen Aguiar de Lapacó (Argentina), AAİHK, Rapor No. 70/99, Case 12.059, 4 Mayıs 1999.

³⁷⁹Ibid.

³⁸⁰Cezasızlığa İlişkin Bağımsız Çalışma, BM Bel E/CN.4/2004/88 (2004), para 16.

³⁸¹Monter-Aranguren et al ('Detention Center of Catia') / Venezuela, AAİHM, 5 Temmuz 2006 tarihli karar, Series C No. 150, para 55.

³⁸²Bámaca-Velásquez / Guatemala, AAİHM, 25 Kasım 2000 tarihli karar, Series C No. 70, para 201; Barrios Altos / Peru, AAİHM, 14 Mart 2001 tarihli karar, Series C No. 75, para 45.

³⁸³Blanco- Romero et al / Venezuela, AAİHM, 28 Kasım 2005 tarihli karar, Series

denle, Amerikalılar-arası Mahkeme, Devletlerin, şikayet sahiplerinin akrabalarını bulmak ve tespit etmek için gerekli adli işlemleri yürütmekte başarısız oldukları durumlarda, 8. ve 25. maddelerin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁸⁴ Amerikalılar-arası Mahkeme, genellikle, Amerikalılar-arası Komisyonun, hakikati bilme hakkının aynı zamanda, Amerikan Sözleşmesinin 13. maddesi uyarınca bilgiyi arama ve bilgi edinme hakkı ile de bağlantılı olduğu yönündeki yaklaşımını benimsemekten kaçınmıştır. Bununla birlikte, bazı durumlarda hem bireyin hem de toplumun gerçeği bilme hakkının, Amerikan Sözleşmesinin 13. maddesi uyarınca bilgiyi arama ve bilgi edinme hakkı kapsamında ortaya çıkabileceğini kabul etmiştir.³⁸⁵ Bu nedenle, akrabaya bilgi vermeyi reddetmek, "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. maddesinde yer alan, Düşünce ve İfade Özgürlüğü Haklarının ihlalini teşkil edebilir, aynı Sözleşmenin 1/1, 8/1 ve 25. Maddeleri ile ilgili olarak bilgiyi arama ve bilgi edinmenin yanı sıra hakikati bilme hakkına da zarar verebilir".³⁸⁶

Avrupa Sistemi

Avrupa Mahkemesinin Büyük Dairesi, 2012 yılında *El-Masri/ Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti* davasına ilişkin kararında, yetersiz soruşturmanın başvuruçunun – kaçırılma mağduru (zorla kaybetme dahil)- ve ailesinin hakikati bilme hakkı üzerindeki olumsuz etkisine dikkat çekerek, hakikati bilme hakkını açıkça kabul etmiştir.³⁸⁷ "Bu davada yürütülen yüzeysel soruşturmanın,

C No. 138, para 62.

³⁸⁴Bámaca-Velásquez / Guatemala, AAİHM, 25 Kasım 2000 tarihli karar, Series C No. 70, para. 182-196; Serrano Cruz Sisters / El Salvador, AAİHM, 1 Mart 2005 tarihli karar, Series C No. 120, para. 58-107.

³⁸⁵Gomes Lund et al ("Guerrilha Do Araguaia") / Brazil, AAİHM, 24 Kasım 2010, Series C No. 219, para 201. Ayrıca bkz. Massacres of El Mozote and Nearby Places / El Salvador, AAİHM, 25 Ekim 2012 tarihli karar, Series C No.252, para 298 diğer referanslarla birlikte.

³⁸⁶Gomes Lund et al ("Guerrilha Do Araguaia") / Brezilya, AAİHM, 24 Kasım 2010, Series C No. 219, uygulama para 6.

³⁸⁷El-Masri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti, AİHM, Büyük Daire, 13 Aralık 2012 tarihli karar, para 191.

iddia edilen olaylardan sorumlu kişilerin tespit edilmesine ve cezalandırılmasına ve hakikatin ortaya çıkarılmasına yol açabilecek etkin bir soruşturma olarak değerlendirilemeyeceği” sonucuna ulaşmıştır.³⁸⁸ Mahkeme’nin önceki içtihadı açıkça “hakikati bilme hakkından” söz etmese de, zorla kaybedilme mağdurlarının yakınlarının acılarını tanımış ve bir Devletin böylesine ağır bir insan hakları ihlalini soruşturmakta ve soruşturma sonuçları hakkında akrabalarını bilgilendirmekte başarısız olmasının, akrabalarının kendilerinin, zalimane ve insanlık dışı muameleye maruz kalma haklarını ihlal ettiğine karar vermiştir. *Kurt / Türkiye* davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yetkililerin, kaybedilen kişinin nerede olduğu hakkında bilgi verememesinin, AİHS’nin 3. Maddesindeki işkence ve zalimane ve insanlık dışı muamele yasağını ihlal ettiğine karar vermiştir.³⁸⁹ Mahkeme bu içtihadını daha sonraki kararlarda da sürdürmüştür.³⁹⁰

Dayton Barış Anlaşması ile kurulan karma bir mahkeme olan ve 1996-2003 yılları arasında çalışan ve kararlarını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine dayandıran Bosna-Hersek İnsan Hakları Dairesi, Srebrenika’daki 1995 katliamıyla ilgili davada, Sırp Cumhuriyeti makamlarının “başvuru sahiplerine kayıp sevdiklerinin akıbeti ve buldukları yerle ilgili gerçekler hakkında bilgi vermemesi” (yaklaşık 7.500 kayıp adam) ve “katliama ilişkin anlamlı ve etkili bir soruşturma yürütmemeleri” dolayısıyla aile üyeleriyle ilgili olarak³⁹¹ AİHS’nin 3. maddesinin ve AİHS’nin 8. maddesi uyarınca korunan özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Amerikalılar-arası Komisyon gibi, İnsan Hakları Dairesi de, soruşturma yapılmasını

³⁸⁸Ibid, para 193.

³⁸⁹Kurt / Türkiye, AİHM, 25 Mayıs 1998 tarihli karar, Report 1998-III, para 174.

³⁹⁰Tanrikulu / Türkiye, AİHM, 8 Eylül 1999 tarihli karar, Reports 1999-IV, para 138; Timurtas / Türkiye, AİHM, 13 Haziran 2000 tarihli karar, Reports 2000-VI, para 128; Ipek / Türkiye, AİHM, 2 Şubat 2004, para 238; Orhan / Türkiye, AİHM, 18 Haziran 2002 tarihli karar, para 358; Kıbrıs / Türkiye, AİHM, 1 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-IV, para. 156f.

³⁹¹The Srebrenica Cases (49 başvuru), AİHM, Kabul edilebilirlik ve esas hakkında karar, Dava no. CH/01/8397 vd. 3 Mart 2003, para. 191 ve 220(4).

isteme hakkının yalnızca mağdurlar için değil, tüm toplum için yararlı olduğuna karar vermiş ve bu nedenle Sırp Cumhuriyeti'ne katliamdaki rolünü, gerçekleri örtmek için daha sonraki çabalarını ve mağdurların akıbetini ve nerede olduklarını "başvuranlara, diğer bütün aile üyelerine ve *halka*" (vurgu eklenmiştir)³⁹² açıklamak amacıyla Srebrenika katliamını çevreleyen olaylara ilişkin olarak "tam, kapsamlı, eksiksiz ve detaylı bir soruşturma yürütmesini" emretmiştir.

Özetle:

- Hakikati öğrenme hakkı, mağdurların ve ailelerinin, ağır insan hakları ihlallerine yol açan gerçeklerin açıklanmasını, açıklığa kavuşturulmasını ve bilgi verilmesini isteme ve failler de dahil olmak üzere bu ihlallerle ilgili gerçeği bilme hakkıdır. Bu hakkın reddi, yalnızca çözüm, soruşturma yapılmasını isteme ve telafi haklarının inkârı anlamına gelmez; aynı zamanda kendi başına, zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele teşkil edebilir, çünkü mağdurların ve akrabalarının yeni acılar çekmelerine neden olur.
- Hakikati öğrenme hakkı ayrıca, Devletlerin ağır insan hakları ihlallerine ilişkin tüm belgeleri toplama ve koruma görevini de içerir.
- Hakikati öğrenme hakkı ve adalet hakkı birbirini tamamlayıcı niteliktedir ve birbirlerinin yerine ikame edilemezler.

³⁹²Ibid, para 212.

Bireysel ve kolektif bir hak olarak hakikati öğrenme hakkı

Hakikati öğrenme hakkına sahip kişiler yalnızca ihlalin doğrudan mağdurları ve akrabaları ile sınırlı değildir. Bu, özellikle aile üyelerinin veya mağdurun yakınlarının kendilerinin kaybedilmenin sebep olduğu belirsizliğin mağduru olduğu kaybedilme vakalarında özellikle açık bir durumdur. Bu anlamda, Birleşmiş Milletler Zorla veya İrade dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, "geniş bir mağdurlar ağından" bahsetmektedir.³⁹³

Hakikati öğrenme hakkı ayrıca, özellikle uzun bir süre boyunca devam eden ve bir bütün olarak toplumu ya da belirli bir topluluğu etkileyen ağır ve sistematik insan hakları ihlalleri durumunda, daha geniş bir insan kitlesinin hakkı olabilir. Hakikati öğrenme hakkı ile ilgili olarak, hak sahipleri, sadece bireyler değil, aynı zamanda, telafi hakkı konusunda Özel Raportör tarafından tanımlandığı gibi özellikle yerli halklar için gruplar veya topluluklar da olabilir.³⁹⁴ Bu, "bilme hakkı aynı zamanda tarihten ders alarak gelecekte ihlallerin tekrarlanmasını önlemek için, toplu bir haktır" diyen Cezasızlık konusundaki Özel Raportör tarafından da doğrulanmıştır.³⁹⁵

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu için hakikati öğrenme hakkı daha da geniş bir alana sahiptir ve yalnızca bireysel bir hak değil, aynı zamanda bir bütün olarak toplumun hakkı olarak da nitelendirilir. Bu anlamda, Komisyon şöyle demiştir:

"Gerçeği bilme hakkı, demokratik sistemlerin işleyişi için hayati olan toplumun bilgilere erişimini sağlayan kolektif bir haktır ve

³⁹³Zorla ya da İrade dışı Kayıplar Çalışma Grubu Raporu, BM Bel E/CN.4/1990/13 (1990), para 339.

³⁹⁴Eski hale getirme, tazminat ve rehabilitasyon hakları konusunda Özel Raportörün nihai raporu, BM Bel E/CN.4/Sub.2/1993/8 (1993), para 14.

³⁹⁵İnsan Hakları (medeni ve siyasi) İhlali Faillerinin Cezasızlığı Sorunu Konusundaki Özel Raportörün Gözden Geçirilmiş Nihai Raporu, BM Bel E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (1997), para 17.

aynı zamanda mağdurların yakınları için, özellikle af yasalarının kabul edildiği durumlarda bir tür tazminata olanak veren özel bir haktır. Amerikan Sözleşmesinin 13. maddesi bilgiye erişim hakkını korumaktadır.³⁹⁶

Amerikalılar-arası Mahkeme, benzer şekilde hakikati öğrenme hakkının daha geniş boyutlarına vurgu yapmıştır. Mahkeme şöyle demiştir: "Mahkemenin esasa ilişkin kararında belirttiği gibi önleyici tedbirler ve ihlalin tekrarlamasını önleyecek önlemler geçmişteki vahşetlerin tanınması ve açığa çıkarılmasıyla başlar. Toplumun, 'gelecekte bu suçları önleyebilmesi için' o suçlarla ilgili gerçeği bilmeye hakkı vardır".³⁹⁷ Mahkeme, ayrıca, kararlarında, toplumun gerçeği öğrenmesi için soruşturma sonuçlarının kamuya açıklanması gerektiğini belirtmiştir.³⁹⁸ Son zamanlarda verilen kararlar, hakikati öğrenme hakkının, yalnızca kaybedilen kişilerin yakınlarına münhasır olmadığı, aynı zamanda ağır insan hakları ihlallerinin diğer dolaylı mağdurlarının da bu hakka sahip olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.³⁹⁹

Benzer şekilde, Avrupa Mahkemesi, hakikati bilme hakkının önemini sadece mağdurlar ve aileleri için değil "aynı zamanda benzer suçların diğer mağdurları ve ne olduğunu bilme hakkına sahip olan genel halk için" de vurgulamıştır.⁴⁰⁰

³⁹⁶Ignacio Ellacuría S.J et al (El Salvador), AAİHK, Report No. 136/99, Case 10.488, 22 Aralık 1999, para 224. Ayrıca bkz: Lucio Parada Cea et al (El Salvador), AAİHK, Report No. 1/99, Case 10.480, 27 Ocak 1999, para 148; AAİHK'nun AAİHM'ne sunumu Bámaca Velásquez davası, AAİHM, 25 Kasım 2000 tarihli karar, Series C No. 70, para 197.

³⁹⁷Bámaca Velásquez / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 91, para 77; Case of Caracazo / Venezuela (Telafiler), AAİHM, 29 Ağustos 2002 tarihli karar, Series C No. 95, para. 115, 118; Juan Humberto Sánchez / Honduras, AAİHM, 7 Haziran 2003 tarihli karar, Series C No. 99, para 185.

³⁹⁸Case of Caracazo / Venezuela (Telafiler), AAİHM, 29 Ağustos 2002 tarihli karar, Series C No. 95, para 118.

³⁹⁹Ibid. Ayrıca bkz.: Caballero Delgado and Santana / Kolombiya, AAİHM, 8 Aralık 1995 tarihli karar, Series C No. 22, para 58; Trujillo Oroza / Bolivya (Telafiler), AAİHM, 27 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 92, para. 99-111.

⁴⁰⁰Ei-Masri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti, AİHM, 13 Aralık 2012 tarihli karar, para 191.

Bu düşünceler ışığında, İnsan Hakları Yüksek Komiserliğinin Hakikati Bilme Hakkına ilişkin raporunda, "hakikati öğrenme hakkının hem bireysel hem de toplu bir hak olarak anlaşılabilirliği" ve "toplumun hakikati bilme hakkının" tanındığı sonucuna varılmıştır.⁴⁰¹

Hakikati bilme hakkı, Devletin, ağır insan hakları ihlallerine ilişkin gerçeği açığa çıkarma ve yalnızca mağdurlara ve akrabalarına değil aynı zamanda bir bütün olarak topluma açıklama ödevini kapsar.

Hakikati Öğrenme Hakkının Kapsamı

Cezasızlığa İlişkin BM'nin Güncellenmiş İlkeleri, mağdurların ve yakınlarının, "geçmiş olaylar ve sistematik, ağır insan hakları ihlalleri yoluyla iğrenç suçların işlenmesine yol açan şartlar ve nedenler" hakkındaki gerçeği bilme hakkına sahip olduğunu belirtmektedir.⁴⁰² Bu, yalnızca bir "insancıl" bilginin ötesine uzanır ve ihlallerin nasıl, ne zaman, neden ve kim tarafından işlendiğiyle ilgili bilgileri içerir. Güncellenmiş Cezasızlık İlkeleri ayrıca, yargı dışı soruşturma komisyonlarının "gerçekleri ortaya koymasını", "ihlalleri doğuran sistemin Devlet mekanizmalarını analiz etmesini ve tanımlamasını ve mağdurları ve işlevlerini yerine getirmeyerek ihlallere karışan idareleri, kurumları ve tüzel kişileri tanımlamasını" ve "daha sonra yargısal süreçler yoluyla adaletin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere kanıtları korumalarını" gerektirmektedir.⁴⁰³ Telafiye İlişkin BM İlkeleri, mağdurların "gerçeklerin doğrulanması ve hakikatin bütünüyle kamuya açıklanması da dahil olmak üzere" tatmin elde

⁴⁰¹Hakikati Öğrenme Hakkına İlişkin Çalışma, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserinin Raporu, BM Bel E/CN.4/2006/91 (2006), para 36.

⁴⁰²Güncellenmiş İlkeler, Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Desteklenmesi için İlkeler, BM Bel E/CN.4/2005/102 (2005), İlke 2.

⁴⁰³Ibid, İlke 5.

edeceğini belirtmektedir.⁴⁰⁴ Amerikalılar-arası Komisyon, hakikati öğrenme hakkının “ortaya çıkan olaylara, onların özel koşullarına ve bunlara kimlerin karıştığına ilişkin tam, eksiksiz ve kamusal gerçeği bilme” hakkını içerdiğini kabul etmiştir.⁴⁰⁵

Hakikati bilme hakkı, yalnızca insan hakları ihlallerini çevreleyen olgular ve koşullarla ilgili gerçekleri bilme hakkını değil, aynı zamanda bunlara yol açan sebepleri ve karışan failleri de bilme hakkını da içerir. Bu bilgiler açığa çıkarılmalı ve halka açıklanmalıdır.

Özet

Hakikati bilme hakkı doğası gereği insan hakları ihlalleri için çözüm hakkı, soruşturma yapılmasını isteme hakkı ve telafi hakkı ile bağlantılıdır. Ancak, bu diğer hakların sadece bir boyutu ya da unsuru değildir. Aslında, soruşturmalar netliğe kavuşturulamamış ya da çözümlenmemiş bazı olguların bulunabileceğini varsayarken, hakikati öğrenme hakkı bunun ötesine geçerek gizlenebilecek bazı ilave gerçeklerin de açıklanmasını talep etmektedir. Ayrıca, hakikati öğrenme hakkı sadece mağdurların hakkı değildir, fakat, gelecekteki ihlalleri önlemenin temeli olarak hakikatin önemi nedeniyle, mağdurların gerçeği bilme hakkını aşan ve böylece, bir bütün olarak tüm topluma ait olan bir haktır.

Ancak, hakikati mağdurlara ve akrabalarına açıklamak, ağır insan hakları ihlali durumlarında yargısal çözüm için bir alternatif değildir. Hakikat komisyonları veya diğer yargı-dışı soruşturma organları, Devlet’in ihlallere ilişkin soruşturma yapma ve failleri adalet önüne getirme yükümlülüğünü yerine getiremez.

⁴⁰⁴Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, İlke 22(b).

⁴⁰⁵Monsignor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez (El Salvador), AAİHK, Rapor No. 37/00, Case 11.481, 13 Nisan 2000, para 148; Lucio Parada Cea and others, AAİHK, Dava 10.480, Rapor No. 1/99, 27 Ocak 1999, para 147; Ignacio Ellacuría S.J. et al (El Salvador), AAİHK, Rapor No. 136/99, Case 10.488, 22 Aralık 1999, para 221.

6. İhlalin Sona Erdirilmesi ve Tekrarlamamasını Sağlama Güvenceleri

Her ikisi de ihlalden etkilenen hukuki ilişkinin tamir edilmesi ve eski haline getirilmesinin boyutlarıdır.⁴⁰⁶

Uluslararası yükümlülüklerin ihlalini sona erdirmeye ve tekrarlamamasını sağlayacak güvenceler verme yükümlülüğü genel uluslararası hukuktan kaynaklanmaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu, bu yükümlülükleri uluslararası haksız fiillerin yasal sonuçlarından biri olarak, Uluslararası Haksız Fiillerden Kaynaklanan Devlet Sorumluluğuna İlişkin Maddeler de yer vermiştir.⁴⁰⁷ Bu Maddelerin yorumuna göre, ihlali durdurmak "haksız fiilin sonuçlarının ortadan kaldırılmasının ilk koşuludur".⁴⁰⁸ Uluslararası Adalet Divanı, müteaddit defalar "uluslararası haksız fiilden sorumlu bir devletin söz konusu fiile son verme yükümlülüğü genel uluslararası hukukun yerleşik bir kuralı olduğunu" belirtmiştir.⁴⁰⁹ Bu nedenle, Uluslararası Adalet Divanı, işgal altındaki Filistin Bölgesi'ndeki duvarın inşa edilmesinin İsrail'in yasal yükümlülüklerini ihlal ettiğini tespit ettikten sonra, İsrail'in inşaatı durdurmasına ve Doğu Kudüs de dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin Bölgesi'ndeki duvarı sökmek zorunda olduğuna karar vermiştir. Ayrıca, Filistin halkı için tazminat ve diğer tazminat telafi biçimlerini eylemler haricinde, ihlalin durdurulması şunları da gerektirmektedir: "duvarın inşası ve ilgili rejimin kurulması amacıyla kabul edilen tüm

⁴⁰⁶UHK, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddelerin 30. Maddesine ilişkin Yorum, (2001) II(2) Yearbook of the ILC, para (1).

⁴⁰⁷Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler, UHK tarafından Kabul edilmiş ve Genel Kurul'a sunulmuştur BM Bel A/56/10 (2001), Madde 30.

⁴⁰⁸UHK, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddelerin 30. Maddesine ilişkin Yorum, (2001) II(2) Yearbook of the ILC, para (4).

⁴⁰⁹İşgal Edilmiş Filistin Topraklarına Duvar İnşa Edilmesinin Hukuki Sonuçları (Danışma Kararı), UAD 4 Temmuz 2004 tarihli karar, para 150.

yasal ve düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmalı ya da etkisiz hale getirilmelidir".⁴¹⁰ Tahkim mahkemesinin Gökkuşuğu Savaşçısı tahkiminde vurguladığı gibi, ihlali sona erdirmeye yükümlülüğünün ortaya çıkması için iki temel koşul vardır: "haksız fiilin devam eden bir niteliğe sahip olması ve kararın verildiği tarihte ihlal edilen kuralın yürürlükte olması".⁴¹¹

6.1 Terminoloji

Çözüm ve telafiye ilişkin BM İlkeleri'nde, tekrarlamama ve önleme güvenceleri bir telafi şeklidir.⁴¹² Bu ilkelerde ihlalin durdurulması tatminin bir parçasıdır.⁴¹³ Ancak, tekrarlamama güvencelerini telafiden ayrı bir kategori olarak öngören Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddelerde (bundan sonra UHK Devlet Sorumluluğuna İlişkin Maddeler) durum bu olmamakla birlikte,⁴¹⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu, yine de, Yorumunda uluslararası bir yükümlülüğün ihlalinin durdurulmasını ve tekrarlanmama güvencelerini "ihlalden etkilenen hukuki ilişkinin restorasyonu ve onarımının bir boyutu" olarak açıklamaktadır.⁴¹⁵ Benzer şekilde, UHK Devlet Sorumluluğuna İlişkin Maddelere ilişkin Yorumda, ihlalin durdurulmasından Maddelerin bir parçası olarak söz edilmesini "ihlali durdurmanın basitçe asıl yükümlülüğe uyma ödevinin bir fonksiyonu olmaktan çok daha öte ... olduğu gerekçesiyle meşrulaştırmaktadır. İhlali durdurma sorunu, yalnızca ihlal durumun-

⁴¹⁰Ibid, para 151.

⁴¹¹Yeni Zelanda ve Fransa Arasında 9 Temmuz 1986 tarihinde tamamlanan Gökkuşuğu Savaşçısı Meselesinden Kaynaklanan Sorunlarla İlgili İki Anlaşmanın Yorumuna İlişkin Uyuşmazlığa Dair Dava, 30 Nisan 1990 tarihli karar, Recueil de sentences arbitrales, Volume XX, p 217, at para 114.

⁴¹²Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, İlke 25.

⁴¹³Ibid, İlke 24(a).

⁴¹⁴Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler, UHK tarafından Kabul edilmiş ve Genel Kurul'a sunulmuştur BM Bel A/56/10 (2001), Madde 30.

⁴¹⁵UHK, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddelerin 30. Maddesine ilişkin Yorum, (2001) II(2) Yearbook of the ILC, 30. Maddeye ilişkin Yorum, para 1.

da ortaya çıkar. O zaman neyin ortaya çıkacağı yalnızca birincil yükümlülüğün yorumlanmasına değil, aynı zamanda çözümlere ilişkin ikincil kurallara da bağlıdır..."⁴¹⁶ " İhlalin durdurulması çoğunlukla eski hale getirme ile de örtüşmektedir, özellikle de tutukluluk ve mülkiyetten mahrum bırakma hallerinde. Ancak eski hale iadenin aksine, ihlalin durdurulması ölçülülükle ilgili sınırlamalara tabi değildir: oysa eski hale iade ancak imkansız olmaması veya telafi sağlamak zorunda olan Devlete makul olmayan bir yük oluşturmaması durumunda mümkünken, her zaman uyulması gereken ihlali durdurma ödevi benzer sınırlamalara tabi değildir.⁴¹⁷ Benzer şekilde, Yorum, tekrarlamama güvenceleri ya da garantilerinin bir tatmin olarak istenebileceğine ve uygulamada bu ikisi arasında örtüşme olduğuna işaret etmektedir.⁴¹⁸

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun sözleriyle: "(tekrarlamamaya ilişkin) güvenceler ve garantiler, devam eden bir ilişkide güvenin restorasyonu ile ilgilidir".⁴¹⁹ Konsolosluk bildirimiminin yapılmamasını takiben yabancı uyrukluların "uzun süre tutuklu kaldığı veya ağır cezalara çarptırıldığı" *LaGrand* Davasında Uluslararası Adalet Divanı tarafından belirtildiği gibi, sadece bir özür yeterli olmaz. Aksine, Devlet tekrar etmeme güvenceleri vermek zorundadır.⁴²⁰ Bu yükümlülük, Devlet tarafından yükümlülüklerine uyum sağlama çabalarını takip etme taahhüdüyle yerine getirilmiştir.⁴²¹

Uluslararası insan hakları hukukunda, tekrarlamama garantisi, ihlalleri önleme ödevinden ayırt edilemeyebilir. Aslında, uluslararası insan hakları hukukunda, Devletlerin insan hakları ihlallerini önleme ödevi bulunmaktadır. Bu birincil yükümlülük, temel olarak daha fazla ihlali önlemek anlamına gelen, tekrarlanmamayı garanti altına alma şeklindeki ikincil yükümlülükle örtüşmektedir.

⁴¹⁶Ibid, para 6.

⁴¹⁷Ibid, para 7.

⁴¹⁸Ibid, para 11.

⁴¹⁹Ibid, para 9.

⁴²⁰LaGrand Davası (Almanya/ABD), (2001) ICJ Reports 514, para 123.

⁴²¹Ibid, para 124. Ayrıca bkz. *Avena and other Mexican Nationals* (Meksika / ABD), UAD 31 Mart 2004 tarihli karar, para 150; *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Kongo Demokratik Cumhuriyeti /Uganda), UAD 19 Aralık 2005 tarihli karar, para 257.

Her iki yükümlülük de yeni ihlalleri önlemek için genel önlemlerin alınmasını içerebilir. Bu önlemler yasal ya da başka nitelikte olabilir. Tekrarlanmama güvenceleri, tatmin sağlama talebi şeklinde de talep edilebilir, ki böylece uygulamada ikisi arasında belli ölçüde örtüşme söz konusudur.⁴²²

Durdurma yükümlülüğü, uluslararası insan hakları kuruluşları tarafından daha ziyade tartışmasız ve örtülü bir şekilde kabul edilmiş gibi görünmekle birlikte,⁴²³ tekrarlamama garantileri, bu kuruluşlar tarafından kararlarının veya hükümlerinin hukuki sonucu olarak açıkça talep edilmiştir. Bu, BM İnsan Hakları Komisyonu,⁴²⁴ İnsan Hakları Komitesi,⁴²⁵ Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi,⁴²⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi

⁴²²UHK, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddelerin 30. Maddesine ilişkin Yorum, (2001) II(2) Yearbook of the ILC, 30. Maddeye ilişkin Yorum, para (11).

⁴²³İnsan Hakları Komitesi, Sözleşmeye Taraf Devletlere Yüklenen Yükümlülüklerin Doğasına İlişkin Genel Yorum No. 31, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para 15: "Devam eden ihlalin sona erdirilmesi etkili bir çözüm hakkının temel bir unsurudur".

⁴²⁴İnsan Hakları Komisyonu, karar 2003/53, para 4.

⁴²⁵İnsan Hakları Komitesi Kararlar : Bleier / Uruguay, BM Bel CCPR/C/15/D/30/1978 (1978), para 5; Dermitt Barbato / Uruguay, BM Bel CCPR/C/17/D/84/1981 (1982), para 11; Almeida de Quinteros et al / Uruguay, BM Bel CCPR/C/19/D/107/1981 (1983), para 138; Raul Sendic Antonaccio / Uruguay, BM Bel CCPR/C/14/D/63/1979 (1981), para 21; Elena Beatriz Vasilskis / Uruguay, BM Bel CCPR/C/18/D/80/1980 (1983), para 12; Sterling / Jamaika, BM Bel CCPR/C/57/D/598/1994 (1994), para 10; Blanco / Nikaragua, BM Bel CCPR/C/51/D/328/1988 (1994), para 11. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komitesi, 6. Maddeye Dair Genel Yorum No. 6, BM Bel HRI/GEN/1/Rev.7 (1982), para 3; ve İnsan Hakları Komitesi, 7. Maddeye Dair Genel Yorum No. 20, BM Bel HRI\GEN\1\Rev.1 at 7 (1994), para 8-10.

⁴²⁶Velásquez Rodríguez / Honduras (Zararların Tazmini), AAİHM, 21 Temmuz 1989 tarihli karar, Series C No. 7, para. 34-35 [Yeni zorla kaybedilmelerin meydana gelmesini önleme ödevi]; Castillo Páez / Peru, AAİHM, 3 Kasım 1997 tarihli karar, Series C No. 34, para 90 [Yeni zorla kaybedilmelerin meydana gelmesini önleme ödevi]; Trujillo Oroza / Bolivya (Telafiler), AAİHM, 27 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 92, para 110; Víctor Rosario Congo (Ekvador), AAİHK, Report No. 63/99, Case 11.427, 13 Nisan 1999, para 103(3) ve (4) [cezaevlerine eği-

ve Parlamenterler Meclisi⁴²⁷ ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu⁴²⁸ için geçerlidir.

AİHM sistemi göz önüne alındığında, Avrupa Mahkemesi kararları genellikle AİHS'in bir veya daha fazla ihlalinin tespit eden kararları uygulamak için gerekli olan, gelecekteki ihlalleri önleyecek tedbirleri veya bir bütün olarak ödevleri de içeren telafi önlemlerine açıkça atıf yapmaz. Bunun yerine, Mahkeme kararları, AİHS'nin 1. maddesi ışığında, genellikle AİHS'nin 46. maddesi uyarınca, kararın uygulanması konusundaki yükümlülüğünü yerine getirme yöntemini belirleme yetkisini aleyhine karar verilen Devlete bırakırlar. Ancak, Devletin işlemleri, gerekli olan ve Devlet tarafından alınan bireysel ve genel önlemlerin yeterliliğini değerlendiren Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin denetimine tabidir. Ancak, büyük ölçüde, genel bir yapısal bozukluktan⁴²⁹ kaynaklanan tekrarlayan davalardan oluşan devasa iş yükünün büyük bölümünü ele almak üzere kabul edilen "pilot yargılama prosedürü" uyarınca, Avrupa Mahkemesi, tekrarlayan davaların altında yatan yapısal sorunları ele aldığı kararlarda ulusal düzeyde alınması gereken genel önlemleri belirtmeye başlamıştır. Avrupa Mahkemesi ilk pilot kararında, şöyle demiştir: "Her şeyden önce, Sözleşme sisteminin aynı nedenden kaynaklanan çok sayıda başvuru ile aşırı yüklenmesi için, alınan önlemlerin, Mahkemenin tespit ettiği ihlalin altında yatan sistemik sorunları giderebilecek nitelikte olması ge-

timli tıbbi personel ve uzman görevlendirilmesinin sağlanması].

⁴²⁷AK Bakanlar Komitesi, Ara Karar DH(2000)135, İtalya'da yargılama sürelerinin aşırı uzunluğu: Genel Önlemler [Devletlerin ihlal tespit edilen hususlarda yeni ihlallerin meydana gelmesini önlemek amacıyla genel önlemler alınması gerekir]; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının uygulanmasına ilişkin Parlamenterler Meclisi Tavsiye Kararı 1477 (2000), para iv(b).

⁴²⁸The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nijerya, AİHHK, Karar 155/96 (2001), para. 57 ve 61.

⁴²⁹Bkz. AK Bakanlar Komitesi, Karar Res (2004)3, Arka planda yer alan sistematik sorunu ortaya koyan kararlar.

rekir".⁴³⁰ Başka bir deyişle, temel fikir yalnızca başvuru sahibine ve aynı sebepten etkilenen diğer kişilere çözüm sunmak değil, aynı zamanda gelecekteki ihlalleri de önlemektir.

6.2. Tekrarlamama Güvenceleri

(İhlali) Durdurma yükümlülüğü çok az yorum gerektirse de, tekrarlanmama güvenceleri o kadar farklı şekillerde ortaya çıkabilir ki, tespit edilen ihlale benzer ihlallerin gelecekte ortaya çıkmasını sağlamak için Devletler tarafından alınması gereken, yasal önlemler alma görevi de dahil olmak üzere, farklı önlemlere işaret eden önemli bir yargısal içtihat oluşmuştur. İçtihat ve uygulama, Çözüm ve Teliflere İlişkin BM İlkelerinde, diğerleri arasında, şunları kapsayacak şekilde sınıflandırılmıştır: askeri ve güvenlik kuvvetleri üzerinde sivil kontrolün sağlanmasına ilişkin tedbirler, yargının bağımsızlığının güçlendirilmesine ilişkin önlemler, adli ve tıbbi personelin medya çalışanlarının, ilgili personelin ve insan hakları savunucularının korunmasına ilişkin tedbirler ve insan hakları eğitimine ilişkin önlemler.⁴³¹

Bunların, muhtemel tekrarlanmama güvencelerinden yalnızca birkaçı olduğuna işaret edilmelidir. Farklı durumlarda birçok başka önlem alınabilir. Rehberde değinilmeyen önemli tekrarlamama güvencelerinden biri, örneğin, ağır insan hakları ihlallerine karşın yetkilileri görevden alma zorunluluğudur.⁴³² Silahlı çatışmalar bağlamında bir diğer önemli önlem, çocuk askerlerin tasfiyesi ve rehabilitasyonudur.

Daha fazla ihlali önlemek için yasama önlemleri alma ödevi

Tekrarlamama güvenceleri, yapısal değişiklikleri de içerir ve bunlar genellikle yasal değişiklikler yoluyla sağlanabilir. Bu nedenle,

⁴³⁰Broniowski / Polonya, AİHM Büyük Daire, 22 Haziran 2004, para 193.

⁴³¹Çözüm ve Telifle İlişkin BM İlkeleri, Madde 23.

⁴³²Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi İçin İlkeler Seti, Güncellenmiş İlkeler, BM Bel E/CN.4/2005/102 (2005), İlkeler 40-42.

uluslararası içtihat, yalnızca bireysel davalara ilişkin karar verildiğinde bile, görüşlerinin, raporlarının veya kararlarının sonucu olarak yasal değişiklikler yapma yükümlülüğü konusunda ısrarcıdır. Tekrarlamama güvenceleri, gerçekten de, bireysel (olaylarda) uluslararası hukuk ihlali tespitlerinin daha geniş yasal sonucunu teşkil eder. Uluslararası organların kararları ve hükümleri ilkesel olarak yalnızca taraflar arasında bağlayıcı olmakla birlikte, uluslararası içtihat bu dar yaklaşımın çok ötesine geçmiş ve (ihlal) tespitlerinin daha geniş ve yapısal niteliğinin yasal sonuçlarını vurgulamıştır.

Bu alandaki içtihatlarının ana hatlarını belirtmeden önce, birçok insan hakları belgesinin, Devletlerin yasal değişiklikler yapma yükümlülüklerini birincil yükümlülükler arasında kabul ettiği hatırlatılmalıdır.⁴³³ İnsan Hakları Komitesi, bu yükümlülüğü, Madde 2'ye ilişkin 31 No'lu Genel Yorumunda yinelemiştir.⁴³⁴ Tekrarlamama güvencesi olarak yasal değişiklik yapma yükümlülüğü, bir dereceye kadar yasama önlemlerini kabul etme birincil ödeviyle örtüşmektedir. Bu anlamda, BM antlaşma organları sık sık Devletlerin yerel yasalarını ilgili antlaşma ile uyumlu hale getirmek için belirli yasal önlemleri almalarını tavsiye etmektedir.

İnsan Hakları Komitesi, *Suárez de Guerrero* davasında, söz konusu dönemde yürürlükte olan yasaların polise verdiği yetkilerin Sözleşmenin 6. maddesine aykırı olması dolayısıyla yaşam hakkının etkin bir şekilde korunmasını sağlamak için iç hukukun değiştirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir.⁴³⁵ *Young / Avustralya* davasında da, Komite, Devlet'in, gerekirse yasada değişiklik yaparak başvuru sahibinin emeklilik talebini yeniden gözden geçirmesi

⁴³³Bkz. İnsan haklarını sağlama ödevinin tanımı için Bölüm 1.

⁴³⁴İnsan Hakları Komitesi, Sözleşmeye Taraf Devletlere Yüklenen Yükümlülüklerin Doğasına İlişkin Genel Yorum No. 31, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para 7.

⁴³⁵Suárez de Guerrero / Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi Kararı 45/1979, BM Bel CCPR/C/15/D/45/1979 (1982), para 15. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komitesi, Venezüella'ya İlişkin Sonuç Gözlemleri, BM Bel CCPR/CO/71/VEN (2001), para 8.

gerektiğine karar vermiştir.⁴³⁶ *Cesario Gómez Vázquez / İspanya davasında* Komite, başvuranın, Sözleşme'ye aykırı olarak ceza mahkumiyetini inceletme hakkına sahip olmadığını tespit etmiştir. Gözden geçirilmediği takdirde, mahkumiyetin ortadan kaldırılması gerektiğine karar vermiştir ki bu da örtülü bir şekilde iç hukukta değişiklik yapılmasını gerektirmektedir.⁴³⁷ Bu karara dayalı olarak Devlet, Komite'nin kararından açıkça söz ederek, ulusal mevzuatında reform yapmıştır.⁴³⁸ İnsan Hakları Komitesi, 2. Maddeye İlişkin 31 No'lu Genel Yorumunda, "Sözleşmenin yeniden ihlalini önleyecek tedbirleri alma yükümlülüğünün UMSHS'nin 2. Maddesinin ayrılmaz bir parçası olmadan Sözleşmenin amaçlarına ulaşılamayacağı" konusunda ısrar etmiştir.⁴³⁹

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu, bazı durumlarda Devletlerin belli yasaları kabul etmeleri için kesin talimatlar vermiştir. Örneğin, Devletlerin Amerikan Zorla Kaybedilmeler Sözleşmesi'ne taraf olmalarını;⁴⁴⁰ Konsolosluk yardımı sağlamak üzere yerel yasalarını gözden geçirmelerini;⁴⁴¹ ulusal yasalarını, adil yargılanma hakkı ve ölüm cezası ile ilgili uluslararası yükümlülüklerle uygun hale getirmelerini;⁴⁴² veya yerli kişilerin mülkiyet haklarının Amerikan İnsan Hakları ve Görev Bildirgesi'ne uygun

⁴³⁶Young / Avustralya, İnsan Hakları Komitesi Kararı 941/2000, BM Bel CCPR/C/78/D/941/2000 (2003), para 12.

⁴³⁷Cesario Gómez Vázquez / İspanya, İnsan Hakları Komitesi Kararı 701/1996, BM Bel CCPR/C/69/D/701/1996 (2000), para 13.

⁴³⁸Ley Orgánica (Organik Kanun) 19/2003 of 23 Aralık 2003, Gereçekler II.

⁴³⁹İnsan Hakları Komitesi, Sözleşmeye Taraf Devletlere Yüklenen Yükümlülüklerin Doğasına İlişkin Genel Yorum No. 31, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para 17.

⁴⁴⁰Anetro Castillo Pero et al (Peru), AAİHK, Report No. 51/99, Dava 10.471, 13 Nisan 1999, para 151(4); Yargısız İnfazlar ve Kişilerin Zorla Kaybedilmesi (Peru), AAİHK, Report No. 101/01, Davalar 10.247 et al, 11 Ekim 2001, para 253(4).

⁴⁴¹Ramón Martínez Villareal (ABD), AAİHK, Report No. 52/02, Esas, Dava 11.753, 10 Ekim 2002, para 101(2)

⁴⁴²Paul Lallion (Granada), AAİHK, Report No. 55/02, Esas, Dava 11.765, 21 Ekim 2002, para 119(2)-(4); Denton Aitken, AAİHK, Report No. 58/02, Esas, Dava 12.275, 21 Ekim 2002, para 161(2)-(5).

olarak belirlenmesini sağlamak için yasal düzenleme yapmalarını tavsiye etmiştir.⁴⁴³

Amerikalılar-arası Mahkeme de benzer bir yaklaşımı takip etmiş ve ihlalin, Amerikan Sözleşmesi ile çatışan mevzuatın doğrudan bir sonucu olduğu durumlarda Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uymak için yasama önlemlerinin alınmasını emretmiştir.⁴⁴⁴ 'Last Temptation of Christ' davasında, Şili'nin sansür yasasını değiştirmesini emretmiştir.⁴⁴⁵ Ölüm cezasına ilişkin davada, Trinidad ve Tobago'nun cinayetle ilgili yasalarını değiştirmelerini emretmiştir.⁴⁴⁶ *Trujillo Oroza* davasında, Devleti ceza hukukunda zorla kaybetme suçunu düzenleme konusunda yönlendirmiştir.⁴⁴⁷ *Castillo-Petruzzi* davasında, Mahkeme, sivillerin askeri mahkemeler tarafından yargılanmasına izin vermesi dolayısıyla askeri yargının görev kapsamının Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu olmadığını tespit etmiştir. Sonuç olarak, Devletin, Sözleşme'ye uygun hale getirmek için mevzuatını değiştirmesini emretmiştir.⁴⁴⁸

Bu konuda Amerikalılar-arası Mahkemenin en dikkate değer kararı, *Barrios Altos* (Peru) kararı olabilir. Mahkeme, önüne getirilen belirli bir davada Peru'nun af yasalarının ağır insan hakları ihlallerinin etkin soruşturulmasını ve kovuşturulmasını önlediğini belirten bir karar verdikten sonra, Hükümet esas hakkındaki kararın yorumlanmasını istemiştir. Mahkeme, yorum kararında, af kanunlarının Sözleşmeye aykırı olduğu yönündeki esasa ilişkin kararın

⁴⁴³Mary and Carrie Dann (ABD), AAİHK, Report No. 75/02, Dava 11.140, 27 Aralık 2002, para 173.

⁴⁴⁴Loayza Tamayo / Peru (Telafiler), AAİHM, 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 42, para 164; Suárez Rosero / Ekvador (Telafiler), AAİHM, 20 Ocak 1999 tarihli karar, Series C No. 44, paras 97-99.

⁴⁴⁵"The Last Temptation of Christ" Case / Şili, AAİHM, 5 Şubat 2001 tarihli karar, Series C No. 73, para 88

⁴⁴⁶Hilaire, Constantine and Benjamin et al / Trinidad ve Tobago, AAİHM, 21 Haziran 2002 tarihli karar, Series C No. 94, para 212.

⁴⁴⁷Trujillo Oroza / Boliviya (Telafiler), AAİHM, 27 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 92, para 122.

⁴⁴⁸Castillo-Petruzzi et al / Peru, AAİHM, 30 Mayıs 1999 tarihli karar, Series C No. 52, hüküm para 14.

genel bir etkisi olduğu sonucuna varmıştır.⁴⁴⁹ Bu, Peru'nun tüm ağır insan hakları ihlalleri davalarında af kanunlarını kaldırması veya başka önlemler yoluyla etkisiz hale getirmesi gerektiği anlamına geliyordu. *La Cantuta* (Peru) davasında, Amerikalılar-arası Mahkeme, Peru'daki af yasalarının resmi olarak yürürlükte olmasının, Peru'nun aldığı kalıcı önlemler dolayısıyla artık hiçbir etkisi kalmadığından, AmeİHS'yi ihlal etmediğine karar vermiştir.⁴⁵⁰ Özellikle, Peru hukuk sisteminde Amerikalılar-arası Mahkemenin kararlarının yalnızca hüküm fıkraları değil, bir bütün olarak bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir olması dolayısıyla bu yönde karar vermiştir. Buna dayanarak Peru Mahkemeleri af yasalarını uygulamayı reddetmiştir.⁴⁵¹ Buna karşılık, yasaların uygulanmamasına yol açan geçici, yasal olmayan önlemler yeterli değildir.⁴⁵²

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, Afrika Şartı'nın ihlalinin, doğrudan Şarta aykırı yerel yasalardan kaynaklandığını tespit ettiği durumlarda, yasal değişiklik önermek konusunda tereddüt etmemektedir. Bu gibi durumlarda, ister ceza yasaları isterse diğer yasalar veya anayasa olsun, Devletin "yasalarını Şarta uygun hale getirmesini" tavsiye eder.⁴⁵³

Yukarıda da belirtildiği gibi (bu bölümün 6.1. başlığı altında), ilk kez 2004'te kullandığı, 'pilot yargılama usulü' kapsamında değerlendirilen tekrarlayan davaların altında yatan yapısal sorunları ele aldığı kararlarda, günümüzde Avrupa İnsan Hakları

⁴⁴⁹Barrios Altos Case / Peru, Esasa ilişkin kararın yorumu, AAİHM, 3 Eylül 2001 tarihli karar, Series C No. 83, para 18 ve hüküm para 2.

⁴⁵⁰La Cantuta / Peru, AAİHM, 26 Kasım 2006 tarihli karar, Series C No. 162, para 189.

⁴⁵¹Ibid, para. 180-188.

⁴⁵²Almonacid Arellano et al / Şili, AAİHM, 26 Eylül 2006, Series C No154, para. 121-122.

⁴⁵³Avocats sans Frontières (on behalf of Gaëtan Bwampamye) / Burundi, AİHHK Karar 231/99 (2000); Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project / Nijerya, AİHHK Karar 218/98 (2001); Legal resources Foundation / Zambiya, AİHHK, Karar 211/98 (2001).

Mahkemesi, diğer uluslararası insan hakları organları gibi, AİHS'nin 46. maddesi uyarınca kararın yerine getirilmesi yükümlülüğünün bir parçası olarak yapısal sorunların giderilmesi için, gerektiğinde yasal değişiklikler de dahil olmak üzere genel tedbirlere hükmetmektedir. Ancak, bu değişiklikten uzun bir süre önce, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Devletlerin kararlara uymak için, gerektiğinde yasal değişiklikler de dahil olmak üzere gerekli genel önlemleri alma zorunluluğu olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Birçok ülke, Avrupa Mahkemesi kararları sonucunda mevzuatını değiştirmiştir. Örneğin, Belçika, *Marckx / Belçika* ve *Vermeire / Belçika* davalarında kararlara uyum sağlamak amacıyla evlat edinme yasalarını değiştirmiştir.⁴⁵⁴ Birleşik Krallık, Mahkemenin bir seri kararının ardından askeri adalet sisteminin bir bölümünü gözden geçirmiştir.⁴⁵⁵ Mahkemenin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkının ihlal edildiğini tespit ettiği *Çiraklar / Türkiye* davasında, Bakanlar Komitesi, Devletin, devlet güvenlik mahkemelerini Sözleşmeye uygun olarak düzenlemek için anayasasını değiştirmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴⁵⁶ Türkiye aleyhine çeşitli kararların uygulanmasına ilişkin kararlarda, Bakanlar Komitesi, Devleti bağımsız bir ceza soruşturmasını mümkün kılmak ve işkence ve kötü muamele suçları için asgari hapis cezaları tesis etmek⁴⁵⁷ ve güvenlik güçleri ve savcılık görevlileri aleyhine yürütülecek ceza soruşturmalarına ilişkin sistemde reform yapmak üzere⁴⁵⁸ Ceza Usul Yasasını değiştirmeye davet etmiştir. Diğer

⁴⁵⁴Marckx / Belçika, AİHM, 30 Haziran 1979 tarihli karar, Series A No. 31; Vermeire / Belçika, AİHM 29 Kasım 1991 tarihli karar, Series A No. 214-C.

⁴⁵⁵Findlay / Birleşik Krallık, AİHM, 25 Şubat 1997 tarihli karar, Reports 1997-I; Coyne / Birleşik Krallık, AİHM, 24 Eylül 1997 tarihli karar, Reports 1997-V; Hood / Birleşik Krallık, AİHM, 18 Şubat 1999 tarihli karar, Reports 1999-I.

⁴⁵⁶AK, Bakanlar Komitesi, Karar DH(99)555 (1998) *Çiraklar / Türkiye* davasında

⁴⁵⁷AK, Bakanlar Komitesi, Ara Karar DH(2002)98, Türkiye'de silahlı kuvvetlerin faaliyetleri : Sağlanan ilerleme ve devam eden sorunlar

⁴⁵⁸AK, Bakanlar Komitesi, Ara Karar DH(99)434 (1999), Türkiye'de silahlı kuv-

kararlarda, uygulama tedbirleri kapsamında adli delil yasasında⁴⁵⁹ veya veri koruma yasasında⁴⁶⁰ değişiklik yapılması gereğini uygulama tedbirleri kapsamında değerlendirmiştir.

Avrupa Mahkemesinin pilot yargılama usulü uyarınca incelediği ilk dava olan 22 Haziran 2004 tarihli *Broniowski / Polonya* davası, Bug Nehri boyunca doğudaki Polonya-Sovyetler sınırının yeniden belirlenmesi sonrasında geri gönderilen ve mülkiyetlerini kaybedenler için Polonya Devleti tarafından oluşturulan tazminat planına ilişkindir. Diğer Bug Nehri talepleriyle ilgili Avrupa Mahkemesi önünde bekleyen 167 başvuru bulunuyordu. Polonya tazminat planının başvurusunun mülkiyet hakkını ihlal ettiğini tespit ettikten sonra, Avrupa Mahkemesi "uygun yasal ve idari önlemler yoluyla", Polonya'nın "geriye kalan Bug Nehri talepleriyle ilgili olarak söz konusu hakkın etkin ve hızlı bir şekilde gerçekleşmesini sağlama-sı" gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁶¹ O zamandan beri, diğer pilot kararlarda veya yarı pilot kararlarda, Avrupa Mahkemesi, devletleri kamulaştırma durumlarında yeterli tazminatın sağlanması için yasal değişiklikler de dahil olmak üzere genel tedbirler almaya;⁴⁶² yargısal süreçlerin aşırı derecede uzamasını önleme ve bu hallerde çözüm sağlama,⁴⁶³ kira kontrolü konusundaki kusurlu yasal çer-

vetlerin faaliyetleri : Genel Önlemler.

⁴⁵⁹AK, Bakanlar Komitesi, Ara Karar DH(2000)26, John Murray / Birleşik Krallık davasında.

⁴⁶⁰AK, Bakanlar Komitesi, Karar DH(2000)106 (2000), Gaskin / Birleşik Krallık davasında.

⁴⁶¹Broniowski / Polonya, AİHM Büyük Daire, 22 Haziran 2004 tarihli karar, para 194.

⁴⁶²Scordino / İtalya, AİHM, Büyük Daire, 26 Mart 2006 tarihli karar, para 237.

⁴⁶³Ibid, para 240. See also Lukenda / Slovenya, AİHM, 6 Ekim 2005, para 98; Rumpf / Almanya, 2 Eylül 2010 tarihli karar, para 54.

çevreyi iyileştirme⁴⁶⁴ ve eski Yugoslavya'nın dağılmasından sonra vatandaşı oldukları devlet ile oturdukları devletin farklı olması dolayısıyla oturma izinlerini kaybedenlerin yasal haklarını telafi etme ve tazmin etme gibi tedbirlere yönlendirmiştir.⁴⁶⁵

İnsan hakları savunucularının, tıbbi ve adli personelin, medya çalışanları ve diğer personelin korunması

Daha fazla ihlali önlemek için, özellikle insan hakları ihlali riski taşıyan kişilerin özel korumaya tabi tutulmaları gerekir. Bu, Birleşmiş Milletler sistemlerinde, insan hakları savunucuları ile ilgili olarak, İnsan Hakları Savunucuları Bildirgesi ve Genel Sekreterin İnsan Hakları Savunucuları Özel Temsilcisi aracılığıyla tanınmıştır.⁴⁶⁶

İnsan Hakları Komitesi, insan hakları savunucularına veya mesleğini yerine getirirken insan hakları ihlaline maruz kalabilecek diğer gruplara özel önem vermektedir. Kırgızistan'a ilişkin Sonuç Gözlemlerinde, "kovuşturmaya, para cezasına ve hapis cezasına maruz kalan gazetecilerin ve insan hakları alanında çalışan sivil toplum örgütlerinin üyeleri de dahil olmak üzere insan hakları aktivistlerinin, özellikle hükümet yetkilileri tarafından ve özellikle "Hükümeti eleştiren gazetecilere yönelik hakaret davaları açılması suretiyle korkutulması ve tacizi" konusundaki endişelerini dile getirmiştir.⁴⁶⁷ Guatemala'ya ilişkin Gözlemlerinde: "Taraf Devlet, toplumun çeşitli kesimlerinin, özellikle yargı mensuplarının, avukatların, insan hakları aktivistlerinin ve sendikacıların işlevlerini hiçbir şekilde korkutulmadan yürütebilmelerini sağlamak için ge-

⁴⁶⁴Hutten-Czapska / Polonya, AİHM Büyük Daire, 19 Haziran 2006 tarihli karar, para 239.

⁴⁶⁵Kurić and Others / Slovenya, AİHM Büyük Daire, 26 Haziran 2012 tarihli karar, para. 410-415.

⁴⁶⁶İnsan Hakları Komisyonu Kararı 2000/61, para 3.

⁴⁶⁷İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Kırgızistan Cumhuriyeti, BM Bel CCPR/C0/69/KGZ (2000), para 20.

rekli tüm önleyici ve koruyucu önlemleri almalarını” tavsiye etmiştir.⁴⁶⁸ Arjantin ve Kolombiya’ya ilişkin gözlemlerinde de benzer kaygıları dile getirmiştir.⁴⁶⁹

İşkenceye Karşı Komite de bu kişiler için riskleri de dikkate almıştır. Komite, insan hakları savunucularının tacizlerden, tehditlerden ve diğer saldırılardan korunmasını;⁴⁷⁰ insan hakları savunucularına ve sivil toplum kuruluşlarına, binaları ve arşivleriyle birlikte saygı duyulması gerektiğini;⁴⁷¹ ve Devletin: “Bağımsız sivil toplum örgütlerinin kurulmasına ve insan haklarının savunulması alanındaki faaliyetlerinin geliştirilmesine izin vermek için yeterli önlemleri alması” gerektiğini belirtmiştir.⁴⁷²

Sağlık personeli, özellikle işkence veya cinayet vakalarının muayenesinde yer alanlar özel korumaya tabi tutulmalıdır.⁴⁷³ BM İnsan Hakları Komisyonu işkence sorununa ilişkin Kararlarında: “Hükümetleri, işkence ya da diğer her türlü zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezalandırmaları belgelemede ve bu uygulamaların mağdurlarının tedavi edilmesinde rol almalarından dolayı tıbbi ve diğer personeli korumaya çağırmaktadır”.⁴⁷⁴

Diğer bazı meslek grupları da özel tehdit altında olabilir. Amerikalılar-arası Komisyon, özellikle kırsal işçi temsilcilerinin Brezilya’da karşı karşıya olduğu tehlikelere dikkat çekmiş ve insan hakları savunucularının yanı sıra bunların da korunmasını tavsiye

⁴⁶⁸İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Guatemala, BM Bel CCPR/CO/72/GTM (2001), para 21.

⁴⁶⁹İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Arjantin, BM Bel CCPR/CO/70/ARG (2000), para 13; Kolombiya, BM Bel CCPR/CO/80/COL (2004), para 11.

⁴⁷⁰İşkenceye Karşı Komite, Sonuçlar ve tavsiyeler: Endonezya, BM Bel CAT/C/XXVII/Concl.3 (2001), para 10(j)

⁴⁷¹İşkenceye Karşı Komite, Sonuçlar ve tavsiyeler: Türkiye, BM Bel CAT/C/CR/30/5 (2003), para 7(i).

⁴⁷²İşkenceye Karşı Komite, Sonuçlar ve tavsiyeler: Suudi Arabistan, BM Bel CAT/C/CR/28/5 (2002), para 8(k).

⁴⁷³1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Birinci Protokol, Maddeler 12-31.

⁴⁷⁴İnsan Hakları Komisyonu, kararlar 2003/32, para 11, ve 2002/38, para 38.

etmiştir.⁴⁷⁵ Amerikalılar-arası Mahkeme, insan hakları savunucularının "insan haklarına saygı konusundaki hayati katkılarını"⁴⁷⁶ vurguladıktan sonra, Devletlerin bunların haklarını "güvence altına almak için gerekli tüm makul önlemleri almak zorunda olduklarına" karar vermiştir.⁴⁷⁷

"Bu amaçla Devletler, insan hakları ihlallerini eleştirenlerin faaliyetlerini serbestçe sürdürmelerini sağlamak; tehdit edildiklerinde insan hakları savunucularını, yaşamlarına ve kişisel bütünlüklerine yönelik saldırıları önlemek amacıyla korumak; Devlet görevlileri veya bireyler tarafından işlenen insan hakları ihlallerini ortadan kaldırmak için gerekli koşulları oluşturmak; insan hakları savunucularının çalışmalarına engel koymaktan kaçınmak; cezasızlıkla mücadele etmek için aleyhlerinde işlenen ihlalleri etkin ve verimli bir şekilde araştırmak için gerekli önlemleri almalıdır."⁴⁷⁸

İnsan Hakları Komitesi, Kolombiya'ya ilişkin gözlemlerinde, insan hakları savunucularının, siyasi ve sendika liderlerinin, hakimlerin ve gazetecilerin tutuklanmanın hatta cinayetin hedefi olduklarına dair endişelerini dile getirmiştir.⁴⁷⁹ İnsan hakları ihlallerini önlemek için bu grupların özellikle korunması gerekir.

İnsan hakları eğitimi

Polisin ve askeri güçlerin, hukuk mesleğinde veya cezaevlerinde çalışan kişilerin ve insan hakları meseleleriyle ilgilenen diğer aktörlerin insan hakları konusunda eğitilmesi, insan hakları ihlallerini önlemek için sürekli olarak yapılan bir tavsiyedir. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının 25. maddesi, İnsan Hakları Savunucuları Bildirgesi'nin 15. maddesi, Suç ve Gücün Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri Bildirgesi'nin 16. maddesi ve Uluslararası Organize Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine ek İnsan Kaçakçılığının, Özellikle Kadın ve

⁴⁷⁵Newton Countinho Mendes (Brezilya), AAİHK, Report No. 59/99, Dava 11.405, 13 Nisan 1999, para 120(2).

⁴⁷⁶Valle Jaramillo et al / Kolombiya, AAİHM, 27 Kasım 2008 tarihli karar, Series C No. 192, para 88.

⁴⁷⁷Ibid, para 90.

⁴⁷⁸Ibid, para 91.

⁴⁷⁹İnsan Hakları Komitesi, Kolombiya'ya ilişkin Sonuç Gözlemleri BM Bel CCPR/CO/80/COL (2004), para 11.

Çocuk Kaçakçılığının Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılması Protokolününün 10/2. Maddesi, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezalandırmaya Karşı Sözleşmenin 10. maddesi, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Deklarasyonununun 6/3. Maddesi, ve Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkelerinin 3. İlkesi gibi bazı yasal belgelerde tavsiye edilmektedir.

İnsan hakları eğitimi ayrıca Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu⁴⁸⁰ ve onun özel prosedürleri,⁴⁸¹ İnsan Hakları Komitesi,⁴⁸² İşkenceye Karşı Komite,⁴⁸³ Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi,⁴⁸⁴ Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu⁴⁸⁵ ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi⁴⁸⁶ tarafından da tavsiye edilmiştir.

⁴⁸⁰İnsan Hakları Komisyonu, kararlar: 2003/32 (işkence), para 20; 2003/53 (hukuk dışı, keyfi ve yargısız infazlar), para 9.

⁴⁸¹Mesela, bkz. İşkence Özel Raportörünün birleşik raporu, BM Bel A/56/1563 (2001), para 39(i), (k), (l).

⁴⁸²İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Kolombiya, BM Bel CCPR/C/79/Add.76 (1997), para 35; Libya Arap Cumhuriyeti, BM Bel CCPR/C/79/Add.101 (1998), para 10; Kırgız Cumhuriyeti, BM Bel CCPR/C/0/69/KGZ (2000), para 6; Macaristan, BM Bel CCPR/C/0/74/HUN (2002), para 12.

⁴⁸³İşkenceye Karşı Komite sonuçlar ve tavsiyeler: Zambiya, BM Bel CAT/C/XXVII/Concl.4 (2001), para 8(f); Endonezya, BM Bel CAT/C/XXVII/Concl.3 (2001), para 10(k); Suudi Arabistan, BM Bel CAT/C/CR/28/5 (2002), para 8(j); Brezilya, BM Bel A/56/44 (2001), para. 115-120; Türkiye, BM Bel CAT/C/CR/30/5 (2003), para 7(j), (k); ve Kamboçya, BM Bel CAT/C/CR/30/2 (2003), para 7(j).

⁴⁸⁴Trujillo Oroza / Bolivia (Telafiler), AAİHM, 27 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 92, para 121; Case of Caracazo / Venezuela (Telafiler), AAİHM, 29 Ağustos 2002 tarihli karar, Series C No. 95, para 127.

⁴⁸⁵Carandiru (Brezilya), AAİHK, Report 34/00, Dava 11.291, 13 Nisan 2000, Tavsiye 3 [hapisane personelinin eğitimi]; Maria Da Penha Maia Fernandes (Brezilya), AAİHK, Report No. 54/01, Dava 12.051, 16 Nisan 2001, para 61(4) (a) ve (e) [aile içi şiddet konusunda eğitim]; Guy Malary (Haiti), AAİHK, Report No. 78/02, Esas, Dava 11.335, 27 Aralık 2002, para 101(c) [Yargı mercilerinin soruşturmaların yürütülmesi konusunda eğitim].

⁴⁸⁶AK Bakanlar Komitesi, ara karar DH(99)434 (1999), Türkiye'de Güvenlik Güçlerinin Faaliyetleri: Genel Nitelikli Önlemler. AK Bakanlar Komitesi AİHM ka-

Askeri ve güvenlik güçleri üzerinde sivil kontrol

Yukarıda belirtildiği gibi⁴⁸⁷, uluslararası içtihat hukuku, askeri personelin ağır insan hakları ihlalleri durumunda askeri mahkemelerce yargılanmasının bu ihlaller dolayısıyla cezasız kalmaya devam edebileceğini tespit etmiştir. Sivil mahkemelerde yargılanmaları gerekir. Askerin kontrolünün bu özel boyutunun ötesinde, askerin bir Devletin demokratik yapılarına uydurulmasının daha geniş bir boyutu vardır.

Ağır insan hakları ihlalleri ve insancıl hukuk ihlalleri, çoğunlukla silahlı kuvvetler mensupları tarafından gerçekleştirilmektedir ve askeri rejimlerde olduğu gibi bunlar hükümetle yakın ilişki içindedirler. Bu deneyime dayanarak, insan hakları normları ve pratiği bazen askeri ve güvenlik güçlerinin sivil kurumlar tarafından kontrol edilmesini önermektedir. Bu nedenle, BM İnsan Hakları Komisyonu, Devletleri "ordunun demokratik olarak seçilmiş sivil hükümete karşı hesap verebilirliğini sağlayarak" hukukun üstünlüğünü güçlendirmeye çağırmıştır.⁴⁸⁸ İnsan Hakları Komitesi, sivilin askeri otoriteler üzerindeki önceliğini ve kontrolünü tavsiye etmiştir.⁴⁸⁹ İşkenceye Karşı Komite benzer önerilerde bulunmuştur.⁴⁹⁰ Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu, ayrıca askeri polisin bağımsız, tarafsız ve etkili bir denetimini önermiştir.⁴⁹¹

rarlarının uygulanması önlemi olarak yargıçların eğitimini teşvik etmiştir- bkz. ara karar Res DH(2004)14 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 25 Temmuz 2002 tarihli kararıyla(kesinleşme tarihi 6 Kasım 2002) ilgili olarak Sovtransavto / Ukrayna davasına ilişkin; Ara Karar Res DH(2002)98, Türkiye'de Güvenlik Güçlerinin Faaliyetleri: Sağlanan gelişme ve devam eden sorunlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına uyulmasını sağlamak için Türkiye'nin alması gereken genel nitelikli önlemler Ek II sayılı listede sıralanmıştır (Ara Kararın Takibi DH(99)434 (2002)).

⁴⁸⁷Bkz. yukarıda Bölüm 5, 5.4. numaralı başlık

⁴⁸⁸İnsan Hakları Komisyonu kararı 2000/47, para 1(c)(ix).

⁴⁸⁹İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Romanya, BM Bel CCPR/C/79/Add.111 (1999), para 9; Lesotho, BM Bel CCPR/C/79/Add.106 (1999), para 14; El Salvador, BM bel CCPR/C/79/Add.34 (1994), para 8.

⁴⁹⁰İşkenceye Karşı Komite, Sonuçlar ve Tavsiyeler: Şili, BM Bel A/50/44 (1995), para. 52-61, at 60(c).

⁴⁹¹Aluísio Cavalcanti et al (Brezilya), AAİHK, Report No. 55/01, Dava 11.286 et

Özet

İnsan hakları ihlalleri, Devlet'in uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlalini teşkil eder. Bu nedenle, ihlalin devam ettiği durumlarda, Devletlerin bunu durdurma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Genel uluslararası hukukta bilinen tekrarlamama güvencesi kavramı, şimdi insan hakları hukuku kapsamında açıklığa kavuşturulmuştur. Tekrarlamama garantilerinin en önemli yönü yapısal ve geniş kapsamlı olmalarıdır. Bu nedenle, bireysel davalarda bile, uluslararası bir organ tarafından ihlal tespitinin yapılması, Devletin yalnızca belirli davada ihlali durdurması değil, aynı zamanda ihlalin tekrarlamamasını güvence altına almak için daha geniş kapsamlı tedbirler alması gerektiği anlamına gelir.

Bu, ihlallerin doğrudan iç hukuktan kaynaklandığı durumlarda yasal değişikliklerin yapılmasını gerektirebilir. Bu ayrıca, risk altındaki belirli kategori kişileri koruyacak belirli uygulama ve politikaların benimsenmesi anlamına da gelebilir. Daha da önemlisi, ilgili tüm aktörlerin eğitim ve öğretim ihtiyacı, tüm uluslararası organlarca dile getirilen sürekli bir gerekliliktir.

7. Eski Hale İade, Tazminat, Rehabilitasyon ve Tatmin

Bir taahhüdün ihlalinin, yeterli bir telafinin uygun bir biçimde yapılması zorunluluğunu içermesi bir uluslararası hukuk ilkesidir. Bu nedenle, telafi, bir sözleşmeye aykırılığın vazgeçilmez bir tamamlayıcısıdır ve bunun sözleşmede ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.⁴⁹²

1927’de Milletler Cemiyeti’nin kurduğu dünya mahkemesi olan Uluslararası Daimî Adalet Divanı, uluslararası hukukun temel bir ilkesini teyit etmiştir. Yukarıda alıntılanan pasajda, uluslararası bir yükümlülüğün ihlal edilmesinin ihlali düzeltme yükümlülüğü gerektirdiğine karar vermiştir. “Telafi, bir sözleşmeye aykırılığın vazgeçilmez bir tamamlayıcısıdır ve bunun sözleşmede ayrıca belirtilmesine gerek yoktur” demiştir. Daimî Mahkemenin kararının en önemli yönü, Mahkemenin düzeltme ödevini uluslararası bir yükümlülüğün zorunlu sonucu olarak görmesidir. Esasen bir mantık ilkesi uygulanmıştır: uluslararası hukuka aykırı olarak yapılanların geri alınması gerekir.

Bu çığır açıcı kararı hatırlamak önemlidir, çünkü uluslararası hukukun tüm ihlallerinin, açıkça belirtilmiş olsun veya olmasın, ihlali giderme ödevini kapsadığını, zira telafi hakkının uluslararası teamül hukukunda tanınan bir hak olduğunu ortaya koymuştur. Uluslararası Daimî Adalet Divanı ve sonrasında Uluslararası Adalet Divanı, insan hakları ihlalleri için bireysel telafi meselesine değinmezken, uluslararası hukuk ihlalinin etkilenenlere telafi sağlanması gerektiğinin aşikâr olduğu yaklaşımının Uluslararası Adalet Divanı’nın işgal altındaki Filistin Bölgesi’nde bir duvar inşa edilmesinin hukuki sonuçlarına ilişkin danışma görüşü ile teyit edil-

⁴⁹²Chorzów Fabrikasına ilişkin dava (Yargı yetkisi), UDAD Series A, No. 9, 26 Temmuz 1927, p 21.

miş gibi görünmektedir. Bu görüşte Mahkeme, insan haklarının ve uluslararası insancıl hukukun ihlalden etkilenen tüm gerçek ve tüzel kişilere telafi sağlanması gerektiğine karar vermiştir.⁴⁹³ Ancak, bir Devlet diplomatik koruma uyguladığında, insan haklarının ihlali nedeniyle ödenen tazminat, bireyin uğradığı zarara dayanmakla birlikte Devlete verilir.⁴⁹⁴

Devletlerin insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerini giderme yükümlülüğü olduğu açık olsa da telafi yöntemleri, ihlal edilen hak, ihlalin ağırlığı, verilen zarar veya etkilenen kişilere göre değişebilir. Bu boyutlardan bazıları aşağıda açıklığa kavuşturulmuştur.

Bu bölüm farklı telafi biçimlerini açıklamaktadır. Telafi biçimlerine ilişkin terminoloji, yerel sistemlerden ziyade, genel uluslararası kamu hukukundan⁴⁹⁵ alınmıştır. Bahsedilen telafi biçimlerinin tamamına devletler arasındaki ihtilaflarda mahkemelerce hükmedilmiştir. Uluslararası insan hakları organları bu terminolojiyi aynı şekilde kullandıkları ve Devletlerarası ihtilaflarla⁴⁹⁶ ilgili tazminat davalarına atıfta bulduklarından, Devletler arasındaki uyumsuzluklara ilişkin telafiler ile bireylere sağlanan telafilere ilişkin içtihadı ayırmak zordur.

Devletler, insan hakları açısından olmasa da, diplomatik koruma hakları alanında, sıklıkla vatandaşlarının uğradığı zararlar veya di-

⁴⁹³İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları (Danışma Kararı), UAD, 9 Temmuz 2004 tarihli karar, para. 152-153.

⁴⁹⁴Ahmadou Sadio Diallo / Demokratik Kongo Cumhuriyeti (Esas), ICJ 30 Kasım 2010 tarihli karar, para. 161-163.

⁴⁹⁵Terminoloji tartışması için bkz. Ian Brownlie, Principles of Public International Law (6th Edition, Oxford University Press, 2003), pp.441-449.

⁴⁹⁶Bkz. Mesela: Velásquez Rodríguez / Honduras (Zararların tazmini), AAİHM, 21 Temmuz 1989 tarihli karar, Series C No7, para 25; ve Papamichalopoulos and others / Yunanistan, AİHM, 31 Ekim 1995 tarihli karar, Series A No. 330-B, para 36. Her iki karar da Chorzów Fabrikası davasına atıf yapmaktadır.

ğer ihlaller için telafi talebinde bulunmaktadır.⁴⁹⁷ Bu talepler, bireyin uluslararası insan hakları sözleşmeleri kapsamında güvence altına alınan haklarının ihlal edildiği iddiasından kaynaklanmasına rağmen, birey adına değil, Devletin kendi adına yapılmaktadır.⁴⁹⁸ Ayrıca, telafinin kapsamı ve içeriği ve tazminat miktarı, bireye verilen zarar dikkate alınarak değerlendirilmektedir, Devletin uğradığı zarar göre değil.⁴⁹⁹ Bu nedenle, telafinin içeriği ve biçimi söz konusu olduğunda, Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Daimi Adalet Divanı ve tahkim mahkemeleri ve talep komisyonlarının içtihatlarından yararlanmak mümkündür. Dahası, Uluslararası Hukuk Komisyonu, kendi kabul ettiği Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddelerin yorumunu formüle etmek için, insan hakları organlarının, özellikle de Amerikalılar-arası ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemelerinin içtihatlarına başvurmuştur.⁵⁰⁰ Bu nedenle, bu maddelerin kendileri kısmen insan hakları içtihadına dayanıyordu ve iki telafi alanı, zarar gören Devletlere sağlanacak telafiler ile özel taraflara sağlanacak telafiler birbirleriyle iç içe geçmiş durumdadır. Aynı şekilde, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Aloeboetoe Davası*'ndan bu yana, telafi hakkını düzenleyen AmeİHM'in 63/1 maddesinin "aynı zamanda mevcut uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan... ulusla-

⁴⁹⁷Bkz. Patrick Daillier and Alain Pellet, *Droit International Public* (7th Edition, LGDJ, 2002), s.793.

⁴⁹⁸Bkz. Ahmadou Sadio Diallo / Demokratik Kongo Cumhuriyeti (Esas), ICJ 30 Kasım 2010 tarihli karar, bu kararda UAD Diallo'nun yakalanması tutuklanması ve sınır dışı edilmesinin UMSHS ve AİHHS tarafından güvence altına alınan haklarını ihlal ettiğine karar vermiştir.

⁴⁹⁹Ahmadou Sadio Diallo / Demokratik Kongo Cumhuriyeti (Esas), ICJ 30 Kasım 2010 tarihli karar, para 163; Ahmadou Sadio Diallo / Demokratik Kongo Cumhuriyeti (Tazminat), ICJ 19 Haziran 2012 tarihli karar, para 17. Bu daha önce Uluslararası haksız fiillerden devletin sorumluluğuna ilişkin maddelerde benimsenmiştir. (UHK tarafından Kabul edilmiş ve BM Genel Kuruluna sunulmuştur BM Bel A/56/10 (2001)), 39. Maddesi şöyledir: "Telafinin belirlenmesinde telafi talep edilen kişi ya da kurumun ...zarara katkısı dikkate alınacaktır".

⁵⁰⁰Bkz. Örneğin, UHK, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddelerin 30. Maddesine İlişkin Yorum. (2001) II(2) Yearbook of the ILC, 36. Maddeye İlişkin Yorum, para 19, ve 38. Maddeye İlişkin Yorum, para 5.

rarası teamül hukukunun bir kuralını yazılı hale getirdiğini” belirtmektedir.⁵⁰¹ Şöyle demiştir:

“Telifler, bir Devletin sorumlu olduğu uluslararası bir yükümlülüğü yerine getirmek için başvurabileceği farklı yolları (eski hale iade, tazminat ödenmesi, tatmin, tekrarlamama güvenceleri ve diğerleri) kapsayan genel bir terimdir.”⁵⁰²

Telafi birçok farklı çözüm şekli için bir şemsiye bir tanımdır. Genellikle bu çözümlerin birden fazlasının bir arada bulunması gerekeceğini vurgulamak önemlidir. Ancak bu, eski hale iade ve tazminat için doğru değildir: tazminat, eski hale iadenin mümkün olmadığı halde ödenmelidir- elbette, çoğunlukla bir ihlal eski hale iadeyi (örneğin mülkiyete el konulması) ve ayrıca manevi zararın tazminini gerektirebilir. Ancak genel olarak, mevcut tüm telafi biçimleri her durumda gerekli olmasa da, Devletler her zaman yalnızca bir telafi şeklini uygulamayı seçemez. Bu aynı zamanda genel bir hukuk prensibidir. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Uluslararası Haksız Fiillerden Devlet Sorumluluğuna İlişkin Maddelerinin, 34. maddesi tam telifinin “tek başına veya bir arada” eski hale iade, tazminat ve tatmin şeklini alabileceğini öngörmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu, bu formülasyonun telafi biçimini Devletin takdirine bırakmadığını, aksine telifinin belirli durumlarda yalnızca farklı telafi biçimlerinin birleşimi ile sağlanabileceğini ortaya koyduğuna işaret etmiştir.⁵⁰³ BM İnsan Hakları Komisyonu’nun Cezasızlığa İlişkin Bağımsız Uzmanı Diane Orentlicher, benzer şekilde etkili bir telafi programının önemli bir özelliğinin kapsayıcı olması olduğunu vurgulamıştır.⁵⁰⁴ İnsan Hakları Komitesi benzer şekilde, telifinin “eski hale iade, rehabilitasyon ve kamu özürleri, kamuya açık anıtlar, tekrarlamama güvenceleri ve ilgili yasa ve uygulamalardaki deği-

⁵⁰¹Aloeboetoe et al / Surinam (Telifler), AAİHM, 10 Eylül 1993 tarihli karar, Series A No. 15, para 43.

⁵⁰²Loayza Tamayo / Peru (Telifler), AAİHM, 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 42, para 85.

⁵⁰³UHK, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddelerin 30. Maddesine İlişkin Yorum, (2001) II(2) Yearbook of the ILC, 34. Maddeye İlişkin Yorum, para.

⁵⁰⁴Cezasızlığa İlişkin Bağımsız Çalışma, BM Bel E/CN.4/2004/88 (2004), para 60.

şikliklerin yanı sıra insan hakları ihlallerinin faillerini adalet önüne getirme gibi tatmin tedbirlerini” kapsayabileceğini belirtmiştir.⁵⁰⁵ Aynı doğrultuda, İşkenceye Karşı Komite, İKS’nin 14. maddesinde yer alan “giderim-redress” teriminin, “eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve tekrarlamama güvencelerini kapsadığını ve Sözleşmenin ihlalinin giderilmesi için gerekli tüm tedbirler paketine atıf yaptığını” vurgulamıştır.⁵⁰⁶ Benzer şekilde, Avrupa Konseyinin, Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığı Ortadan Kaldırmaya İlişkin Kılavuz İlkelerinin, XVI. İlkesi telafinin “rehabilitasyon, tazminat, tatmin, eski hale iade ve tekrarlamama güvencelerini” içerebileceğini belirtmektedir.⁵⁰⁷

Terminolojiye İlişkin Not

Telafi önlemleri, uluslararası hukukta pek çok biçimde tanınmıştır: ilk olarak, UHK Uluslararası Haksız Fiillerden Devlet Sorumluluğuna İlişkin Makalelerinde, birçok insan hakları belgesinde⁵⁰⁸ ve ilgili hükümlerin tüm insan hakları organları tarafından yorumlanma-

⁵⁰⁵İnsan Hakları Komitesi, Sözleşmeye Taraf Devletlere Yüklenen Yükümlülüklerin Doğasına İlişkin Genel Yorum No. 31, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para 16.

⁵⁰⁶İşkenceye Karşı Komite, 14. Maddenin devletler tarafından uygulanmasına ilişkin 3. Nolu Genel Yorum, BM Bel CAT/C/GC/3 (2012), para 2.

⁵⁰⁷Avrupa Konseyi Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Rehber İlkeler, İlke XVI.

⁵⁰⁸UMSHS, Madde 9(5); İKS, Madde 14; UÇÖ Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi 1989 (No. 169), Madde 16(4), (5); Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, Madde 75(1) ve 85; RUCM ve YUCM Statüleri, Madde 106; AmeİHS, Maddeler 10 ve 63(1); İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Amerikalıların Sözlüşmesi, Madde 9; AİHS, Maddeler 5(5) ve 41; Avrupa Toplulukları Anlaşması, Maddeler 235, 288(2) ve a285; AB Temel Haklar Şartı, Madde 41(3); AİHHS, Madde 21(2); Afrika İnsan Ve Halkların Hakları Mahkemesinin Kurulmasına Dair AİHHS’ye Ek Protokol, Madde 27(1); Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Sözleşmesi, Madde 24; Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge Madde 19; Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri Bildirgesi, İlke 12; İnsan Hakları Savunucuları Bildirgesi, Madde 9(2); Avrupa Konseyi Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Rehber İlkeler, İlke XVI; Üçüncü Cenevre Sözleşmesi, Madde 68; Cenevre Sözleşmelerine Ek I. Protokol, Madde 91.

ısıyla. Tüm sistemler veya ülkeler için tutarlı bir terminoloji bulmak mümkün değildir. Genel bir terim olarak "telafi" (UHK, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddelerinin 34. Maddesi), "tazminat" (UMSHS'nin resmi İngilizce versiyonunda Madde 9 (5))⁵⁰⁹, "çözüm ve tazminat" (Madde 63, AmeİHS), 'telafi' veya 'adil tatmin' (Madde 41, AİHS), 'çözüm ve yeterli tazminat' (Madde 14, İKS), 'adil ve yeterli telafi veya tatmin' (Madde 6 IAOKS), 'tazminat' (Madde 91 Birinci Ek. Protokol), "eski hale iade, tazminat ve rehabilitasyon da dahil olmak üzere telafi" (UCM'nin Roma Statüsü'nün 75. Maddesi) sadece örneklerden bazılarıdır.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin genel bir telafi maddesi içermediğine işaret edilmelidir. Bununla birlikte, İnsan Hakları Komitesi, UMSHS'nin 2/3. maddesindeki çözüm hakkına dayanarak, bu hakkın Devletin telafi sağlama ödevi doğurduğunu kabul etmiştir. Bu, Fransızca ve İspanyolca versiyonlarında görüldüğü gibi aslen usule ilişkin bir çözüm hakkı (başvuru hakkı ç.n.) anlamına gelen bu maddenin evrimsel bir yorumudur.⁵¹⁰

Bununla birlikte, uygulama ve içtihattan, bu farklı başlıklar altında hükmedilen çok farklı tedbirlerin geniş anlamda, Telafi Hakkı Özel Raportörü tarafından 1993'te seçilen kategorilerden biri içinde sınıflandırılabileceği görülmektedir: eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon ve adil tatmin. Önlemlerin çoğu birkaç kategoriye girmektedir, ancak bu Rehberde çok uzatmamak adına sadece bir kategorisi altında tanımlanmıştır.

⁵⁰⁹Ancak, Madde 9 (5)'in resmi Fransızca versiyonunda 'reparation' kelimesinin ve İspanyolca versiyonunda 'reparación' teriminin kullanıldığını ifade etmek gerekir.)

⁵¹⁰Bkz. İspanyolcası: 'recurso efectivo'; Fransızcası: 'recours utile'.

7.1 Eski Hale İade

Eski hale iade, ihlale yol açan fiili tersine çevirmek veya iptal etmek anlamına gelir ve bazı insan hakları belgelerinde tanınmıştır.⁵¹¹ *Chorzów* Fabrikası Davası'ndaki meşhur vecizeye göre, eski hale iade (*restitutio in integrum*) telafinin birincil hedefidir.

"Hukuka aykırı eylem kavramının içerdiği temel ilke -uluslararası uygulamalarla ve özellikle tahkim mahkemelerinin kararlarıyla ortaya çıktığı görülen ilke- telafinin mümkün olduğu ölçüde hukuka aykırı eylemin tüm sonuçlarını ortadan kaldırması ve eylem gerçekleşmemiş olsaydı, muhtemelen ne durumda olacaksa, o durumu yeniden kurmasıdır."⁵¹²

Bu, eski durumun (*status quo ante*) yeniden inşası, ihlal gerçekleşmemiş olsaydı olacak olan durum anlamına gelir. Bu kuralın tanınmış bir istisnası UHK'nın Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğu Hakkındaki Maddelerinin 35. Maddesinde belirtildiği gibi, eski hale iadenin maddi olarak mümkün olmaması veya "tazminat yerine eski hale iadenin getireceği yükün sağlayacağı faydaya oranla çok ağır olması durumudur" Bu, eski hale iadenin çok ölçüsüz bir çaba veya maliyet gerektirmesi halinde, Devletin eski hale iade yerine, tazminat ödeyebileceği anlamına gelmektedir.

Benzer bir şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, telafinin, Mahkeme kararlarının hukuki olarak bağlayıcı niteliğinin sonucu olduğunu ve eski hale iadenin (*restitutio in integrum*) temel telafi yöntemi olduğunu değerlendirmiştir:

"Mahkeme, Sözleşme'nin 53. maddesi uyarınca Yüksek Akit Tarafların, tarafı oldukları her davada Mahkemenin kararına uyma-

⁵¹¹AmeİHS, Madde 63(1); AİHS, Madde 41; Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, Madde 75; Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri Bildirgesi, İlkeler 8-10.

⁵¹²*Chorzów* Fabrikasına ilişkin Dava (Tazminat talebi) (Esas), UDAD, Series A No. 17, 13 Eylül 1928, p.47.

yı taahhüt ettiklerini; ayrıca 54. maddenin, Mahkeme kararının, yürütmesini denetlemek üzere Bakanlar Komitesine iletilmesini öngördüğüne işaret eder. Bunun sonucu olarak Mahkemenin ihlal tespit eden bir kararı, davalı Devlete ihlale son verme ve mümkün olduğunca ihlalden önce var olan eski durumuna getirecek şekilde ihlalin sonuçlarını telafi etme hukuki yükümlülüğü yüklediği sonucuna varmıştır.”⁵¹³

Uzun süre boyunca, Avrupa Mahkemesi kararları, söz konusu kararın uygulanmasına ilişkin ayrıntılara yer vermemiştir:

“Eğer eski hale getirme (*restitutio in integrum*) pratikte imkansızsa, davalı Devletler, Mahkemenin ihlal kararına uymak için başvuracakları araçları seçmekte özgürdürler ve Mahkeme bu konuda karar veya beyanda bulunmaz. Bu bağlamda kararlara uyumu denetlemek, Sözleşme’nin 54. maddesi uyarınca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin yetkisindedir.”⁵¹⁴

Ancak, iki önemli gelişme, Avrupa Mahkemesinin eski kısıtlayıcı uygulamasını terk ettiğini göstermektedir.

İlk olarak, Avrupa Mahkemesi, “pilot karar” prosedürü çerçevesinde gelecekte benzer ihlalleri önlemek için Devletlerin almaları gereken genel önlemlere işaret etmeye başlamıştır.⁵¹⁵

İkinci olarak, Avrupa Mahkemesi, “Mahkeme tarafından tespit edilen bir ihlali gidermek için Devletin aldığı önlemlerin” “kararda hükme bağlanmamış yeni bir meseleyi ortaya çıkarabileceğini ve böylece yeni bir başvurunun konusunu oluşturabileceğini” kabul etmiştir.⁵¹⁶ Ayrıca şöyle demiştir:

⁵¹³Papamichalopoulos and Others / Yunanistan (Madde 50), AİHM, 31 Ekim 1995 tarihli karar, Series A No. 330-B, para 34.

⁵¹⁴Selçuk ve Asker / Türkiye, AİHM, 24 Nisan 1998 tarihli karar, Reports 1998-II, para 125; Yöyler / Türkiye, AİHM, 24 Temmuz 2003 tarihli karar, para 124. Aslında AİHM kararlarının telafi önlemleri de dahil olmak üzere devletler tarafından uygulanıp uygulanmadığını denetleyen Bakanlar Komitesidir.

⁵¹⁵Bkz. Yukarıda Bölüm 6.

⁵¹⁶Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) / İsviçre (No. 2), AİHM Büyük Daire,

“taraf olduğu bir davada Sözleşmeyi veya Protokollerini ihlal ettiğine karar verilen bir Devlet, Mahkeme’nin kararlarına uyma yükümlülüğü altındadır. Başka bir deyişle, AİHM’nin kararını kısmen ya da tamamen yerine getirmeyen Taraf Devletin uluslararası sorumluluğu doğar. Söz konusu Taraf Devlet, ilgililere yalnızca adil tatmin olarak hükmedilen meblağları ödemekle kalmayıp, aynı zamanda, Mahkeme tarafından tespit edilen ihlali ve etkilerini gidermek için ulusal hukuk düzenlerinde bireysel ve / veya eğer uygunsa, genel tedbirleri almakla yükümlüdür. Amaç başvuruca-yu mümkün olduğunca Sözleşme’nin gerekleri göz ardı edilme-miş olsaydı bulunacağı duruma getirmektir.”⁵¹⁷

Örneğin, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (Vgt)* davasında, Avrupa Mahkemesi 2001 yılında, ilgili İsviçre makamlarının batarya kafes sistemli çiftçiliğe karşı bir reklam yayınlamayı reddetmesinin ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵¹⁸ Avrupa Mahkemesi tarafından ihlal kararı verilmiş olmasına rağmen, İsviçre Federal Mahkemeleri yargılamanın yenilenmesini reddetmiş ve reklam hala yayınlanamamıştır. Yeni bir başvurunun ardından Avrupa Mahkemesi Büyük Dairesi, 2009 yılında İsviçre Federal Mahkemesinin ret kararının ifade özgürlüğünün yeni bir ihlalini teşkil ettiğine karar vermiştir.⁵¹⁹ Ayrıca, Avrupa Mahkemesi, *Emre / İsviçre* davasında ilk kez bir Devletin, daha önceki bir karara uymayarak AİHS’nin 46. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵²⁰ 2008 yılında, Avrupa Mahkemesi, birkaç ceza mahkumiyetlerinin ardından Türk başvuranın belirsiz süreli yeniden giriş yasağının, Bay Emre’nin özel ve aile yaşamına saygı hak-

30 Haziran 2009 tarihli karar, daha fazla referans için para 62.

⁵¹⁷Ibid, para 85.

⁵¹⁸Verein gegen Tierfabriken / İsviçre AİHM, 28 Haziran 2001 tarihli karar.

⁵¹⁹Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) / İsviçre (No. 2), AİHM Büyük Daire, 30 Haziran 2009 tarihli karar, para 98.

⁵²⁰Emre / İsviçre (No. 2), AİHM, 11 Ekim 2011 tarihli karar.

kını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵²¹ Avrupa Mahkemesinin kararı ışığında yasağı yeniden değerlendirdikten sonra, İsviçre Federal Mahkemesi yeniden giriş yasağını 10 yıla indirmiştir. Süresi kısaltılan yasağın hala orantısız olduğunu ve 2008 kararının sonuçlarına ve ruhuna uymadığını belirterek, Avrupa Mahkemesi, İsviçre'nin AİHS'nin 46'ncı maddesiyle bağlantılı olarak özel hayat hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵²²

İşkenceye Karşı Komite, 3 No'lu Genel Yorumunda eski hale iade kavramına önleyici bir unsur eklemiştir:

“Eski hale iade, her bir vakanın özelliklerini dikkate alarak, mağduru Sözleşme ihlal edilmeden önce bulunduğu duruma getirmeyi amaçlayan bir çözüm şeklidir. Sözleşme kapsamındaki önleme yükümlülükleri, Taraf Devletlerin, bu tür bir çözüm sunulan mağdurun, yeniden işkence veya kötü muamelenin tekrarlanması riski altında olduğu bir duruma sokulmamasını gerektirir. Bazı durumlarda mağdur, ihlalin niteliği dolayısıyla eski hale iadenin mümkün olmadığını düşünebilir; ancak, Devlet mağdurun tam bir çözüme ulaşmasını sağlamalıdır. Eski hale iadenin etkili olması için, örneğin cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik, siyasi veya diğer görüşler, etnik köken, yaş ve din veya diğer ayrımcılık nedenleri gibi her türlü ayrımcılık dahil olmak üzere, ihlalin yapısal nedenlerini ele almak için çaba gösterilmelidir.”⁵²³

Telafile İlişkin BM İlkeleri, eski hale iadeyi şu şekilde tanımlamaktadır:

“Eski hale iade, mümkün olan her durumda, mağduru, uluslararası insan haklarının veya insanlı hukukun ağır ihlali gerçekleşmeden önceki orijinal durumuna getirmelidir. Eski hale iade,

⁵²¹Emre / İsviçre, AİHM, 22 Mayıs 2008 tarihli karar (yalnızca Fransızca).

⁵²²Emre / İsviçre (No. 2), AİHM, 11 Ekim 2011 tarihli karar. Para. 68-77.

⁵²³İşkenceye Karşı Komite, 14. Maddenin Devletler Tarafından Uygulanmasına İlişkin 3 Nolu Genel Yorum, BM Bel CAT/C/GC/3 (2012), para 8.

uygulanabildiği ölçüde şu tedbirleri içerir: özgürlüğün geri verilmesi, insan haklarından, kimlik, aile hayatı ve vatandaşlık haklarından yararlanma, kişinin ikamet ettiği yere geri dönmesini sağlama, işine geri dönmesini sağlama ve mülkün iadesi.”⁵²⁴

Eski hale iadeye ilişkin tedbirlerin bazıları aşağıda tartışılmaktadır.

Ceza Yargılamasının yenilenmesi

İhlalin bir yargısal işlemde kaynaklandığı durumlarda, bağlayıcı bir hüküm bile olsa, işlem ortadan kaldırılmalı ve bundan kaynaklanan sonuçlar iptal edilmelidir.⁵²⁵ Uluslararası içtihat, adaletin kötü işletilmesi sonucu mahkûm edilen kişilerin, yeniden yargılanma veya cezanın kaldırılmasını isteme hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir.

İnsan Hakları Komitesi ayrıca, Sözleşmeye aykırı olarak yargılanan kişilerin yeniden yargılanmasını da talep etmiştir.⁵²⁶ Başvuranın haksız yargılanma sonucu mahkum edildiği *Polay Campos / Peru* davasında, İnsan Hakları Komitesi, “Peru yasaları, Sözleşme’nin 14. maddesinin gerektirdiği tüm güvenceleri sunan yeni bir yargılama imkanı sağlamadıkça Bay Polay Campos’un serbest bırakılması” gerektiğine karar vermiştir.⁵²⁷ Benzer şekilde, *Semey / İspanya* davasında, başvuranın UMSHS’nin 2/3. maddesi gereği etkili bir çözüme (başvuru yoluna) sahip olması ve mahkumiyetinin UMSHS’nin 14/5. Maddesinin gereklerine uygun olarak gözden geçirilmesi hakkına sahip olması gerektiğine karar vermiştir.⁵²⁸

⁵²⁴Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, İlke 19.

⁵²⁵Affaire Martini (İtalya / Venezüella), 3 Mayıs 1930 tarihli karar, Recueil de sentences arbitrales, Volume II, p.975, at 1001.

⁵²⁶Raul Sendic Antonaccio / Uruguay, İnsan Hakları Komitesi Kararı 63/1979, BM Bel CCPR/C/14/D/63/1979 (1981), para 21.

⁵²⁷Polay Campos / Peru, İnsan Hakları Komitesi Kararı 577/1994, BM Bel CCPR/C/61/D/577/1994 (1998), para 10.

⁵²⁸Semey / İspanya, İnsan Hakları Komitesi, Karar 986/2001, BM Bel CCPR/

Ayrıca, Komite, mahkum edilen kişilerin basit bir şekilde affedilmesinin tam bir düzeltme (çözüm) sağlamadığı kanaatindedir. Peru davasında, Devletin "vatana ihanet ve terör davalarında askeri mahkemelerce verilen tüm mahkumiyetleri gözden geçirmesini" önermiştir.⁵²⁹

Amerikalılar-arası Mahkeme, adil yargılanma ilkelerine aykırı olarak mahkûm edilen kişilerin yeniden yargılanmasına hükmetmiştir.⁵³⁰ Amerikalılar-arası Komisyon, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlal edildiğini tespit ettiği ölüm cezasına ilişkin davalarda, Devletin mağdura "Sözleşmenin 8. maddesinde öngörülen adil yargılanma (due process) ilkelerine uygun olarak yeniden yargılanma, ya da bu güvencelere uygun bir yeniden yargılamanın mümkün olmadığı durumlarda, kişinin saliverilmesi ve tazminat" da dahil olmak üzere etkili çözüm sağlamasını tavsiye etmiştir.⁵³¹ Ölüm cezası ile ilgili bazı davalarda, Amerikalılar-arası Komisyon, zorunlu idam cezasını insan haklarına aykırı bulmuştur. Bunun bir sonucu olarak, Devletin cezaı değiştirmesini tavsiye etmiştir.⁵³²

Avrupa Mahkemesi, AİHS'nin 41. maddesi uyarınca, "Mahkemenin bir başvuranın, 6 § 1 madde anlamında bağımsız ve tarafsız olmayan bir mahkeme tarafından mahkûm edildiğini tespit ettiği durumlarda, ilke olarak, en uygun çözüm biçiminin başvuru sahibine bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yeniden yargılanma hakkı tanınmasını sağlamak olacağı kanaatindedir" şeklinde

C/78/D/986/2001 (2003), para 9.3.

⁵²⁹İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri Peru, BM Bel CCPR/C/79/Add.72 (1996), para 10; ve CCPR/CO/70/PER (2000), para 11.

⁵³⁰Castillo Petruzzi et al Case, AAİHM, 30 Mayıs 1999 tarihli karar, Series C No. 52, para. 217-221.

⁵³¹Joseph Thomas (Jamaika), AAİHK, Report No. 127/01, Dava 12.183, 3 Aralık 2001, para 153(1) [çözüm hakkı, yeniden yargılama ya da tahliye dahil]; Ramón Martínez Villareal (ABD), AAİHK, Report No. 52/02, Esas, Dava 11.753, 10 Ekim 2002, para 101(1) [idem].

⁵³²Paul Lallion (Granada), AAİHK, Report No. 55/02/, Esas, Dava 11.765, 21 Ekim 2002, para 119(1); Denton Aitken, AAİHK, Report No. 58/02, Esas, Dava 12.275, 21 Ekim 2002, para 161(1).

karar vermiştir.⁵³³ Ancak, AİHS'nin 1. ve 46. maddelerine göre, bir kararın uygulanması için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünün, Bakanlar Komitesinin gözetimi altında Devlete ait olması dolayısıyla, Mahkeme çoğunlukla alınması gereken önlemlere ilişkin somut belirlemeler yapmamaktadır.⁵³⁴ Aynı sebepten dolayı, bir kararın hüküm paragrafında bir kişinin yeniden yargılanması yükümlülüğüne veya serbest bırakılması emrine nadiren yer verilmektedir.⁵³⁵ Bununla birlikte, bir kararın yürütülmesinin denetlenmesindeki daha proaktif rolüne paralel olarak, bir bireyi serbest bırakma veya yargılamayı yenileme yükümlülüğünün hüküm paragraflarına dahil edilip edilmemesi gerektiği tartışmalıdır ve yeni gelişmelere açıktır.⁵³⁶ Bakanlar Komitesi, Sözleşmeye Taraf Devletleri "ulusal düzeyde mümkün olduğu ölçüde, eski hale iadeyi sağlayacak yeterli imkanları sağlama, ve özellikle de Mahkemenin Sözleşmenin ihlali tespiti ettiği hallerde, yargılamanın yenilenmesi de dahil olmak üzere davanın yeniden incelenmesini sağlayacak yeterli olanakları sağlamak amacıyla ulusal hukuk sistemlerini gözden geçirmeye" davet etmiştir.⁵³⁷

⁵³³Üküngç ve Günes / Türkiye, AİHM, 18 Aralık 2003 tarihli karar, para 32; Gençel / Türkiye, AİHM, 23 Ekim 2003 tarihli karar, para 27; Somogyi / İtalya, AİHM; 18 Mayıs 2004 tarihli karar, para 86; Stoichkov / Bulgaristan, AİHM, 24 Mart 2005 tarihli karar, para 81.

⁵³⁴Sejdovic / İtalya, AİHM, Büyük Daire, 1 Mart 2006 tarihli karar, para. 126-127.

⁵³⁵Clases and Others / Belçika, AİHM, 2 Haziran 2005 tarihli karar, hüküm paragrafı 5; Lungoci / Romanya, AİHM, 26 Ocak 2006 tarihli karar, hüküm para 3; Maksimov / Azerbaycan, AİHM, 8 Ekim 2009 tarihli karar, hüküm para 3.

⁵³⁶Bkz. Yargıçlar Rozakis, Spielmann, Ziemele and Lazarova Trajkovska'nın Salduz / Türkiye, kararındaki ortak değişik gerekçeleri, AİHM Büyük Daire 28 Kasım 2008 tarihli karar. Ayrıca bkz: Assanidze / Gürcistan, AİHM Büyük Daire, 8 Nisan 2004 tarihli karar, para 203 (tutuklamanın keyfi olduğuna karar verdiği kişinin tahliyesi talebi); Fatullaayev / Azerbaycan, AİHM, 22 Nisan 2010 tarihli karar (ifade özgürlüğünün ihlali suretiyle hapsedil kişinin tahliyesi emri).

⁵³⁷Tavsiye No. R(2000)2 (2000), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı sonrasında yerel düzeyde bazı davaların yeniden görülmesi ya da yeniden incelenmesine ilişkin. Tavsiye eski hale iadeyi teşvik etmektedir, "... özellikle de: (i) zarar gören taraf, söz konusu yerel mahkeme kararının ciddi olumsuz sonuçlarından hala etkilenmeye devam ediyorsa ve adil tatmin kararıyla tam olarak düzeltilmemiş ve davanın yeniden görülmesi ya da yeniden incelenmesi dışında çözüm mümkün değilse ve (ii) AİHM'nin kararı, (a) yerel mahkeme kararının esasının

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu da Devletlerin davaların yeniden açılmasını ve yeniden yargılanmasını sağlamak için uygun önlemleri almalarını istemiştir.⁵³⁸ Sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmasının Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'na aykırı olduğunu tespit ettiği durumlarda, Devletleri sivil mahkemelerde yeniden yargılamalara izin vermeye çağırmıştır.⁵³⁹

Son zamanlarda *LaGrand Davasında*, Uluslararası Adalet Divanı şuna hükmetmiştir:

"Mahkeme, bu bağlamda, Birleşik Devletlerin, taahhüdüne bağlı olmaksızın ... Alman vatandaşlarının zararına konsolosluk bildiriminde bulunma zorunluluğunu yerine getirmemişse, ilgili kişilerin uzun süre tutuklu kaldığı, mahkûm edildiği ve ciddi cezalara çarptırıldığı hallerde bir özür yeterli olmayacaktır. Bu şekilde bir mahkûmiyet veya ceza verilmesi durumunda, Birleşik Devletlerin Sözleşmede yer alan hakların ihlal edildiğini göz önünde tutarak, mahkûmiyet kararının ve cezaların incelenmesine ve yeniden gözden geçirilmesine izin verme sorumluluğu bulunmaktadır. Bu yükümlülük çeşitli şekillerde yerine getirilebilir. Araçların seçimi ABD'ye bırakılmalıdır.⁵⁴⁰"

Avena ve diğer Meksika Vatandaşları Davasında, Uluslararası Adalet Divanı, inceleme ve yeniden değerlendirmenin, "ihlali takip eden cezai süreçlere ilişkin hukuki ihlalin hukuki sonuçları sorunu"⁵⁴¹ dahil olmak üzere ihlalleri dikkate almak zorunda olduğunu ve "bu göreve uygun olanın adli süreçler" olduğunu vurgulamış-

Sözleşmeye aykırı olduğunu tespit etmişse ya da (b) tespit edilen ihlalin usule ilişkin hatalara dayanması veya usulü hataların ağırlığının yerel prosedürlerin sonucundan şüphe duyulmasına neden olması"

⁵³⁸Civil Liberties Organisation / Nijerya, AİHHK Karar 151/96 (1999); Avocats sans Frontières (on behalf of Gaëtan Bwampamye) / Burundi, AİHHK Karar 231/99 (2000).

⁵³⁹Civil Liberties Organisation / Nijerya, AİHHK Karar 151/96 (1999); Media Rights Agenda / Nijerya, AİHHK Karar 224/98 (2000), para 62.

⁵⁴⁰LaGrand Case (Almanya / ABD), (2001) UAD Reports 514, para 125.

⁵⁴¹Avena and other Mexican Nationals (Meksika / ABD), UAD, 31 Mart 2004 tarihli karar, para 131.

tır.⁵⁴² Af yargılamalarının (ABD hukukunda mahkumların Eyalet valisinden af talebine ilişkin yargılamalar ç.n.) ihlali tam olarak incelemeyi ve dikkate almadığı için bu gereklilikleri yerine getirmeyişine karar vermiştir.⁵⁴³ UAD, 2009 yılında "mahkumiyetleri ve cezaları inceleme ve tekrar gözden geçirme yükümlülüğünün"⁵⁴⁴ "koşulsuz" olarak uygulanması gereken bir sonuç yükümlülüğü olduğunu teyit etmiştir.⁵⁴⁵ Bu nedenle, UAD bir insan hakları ihlali vakasını incelememiş olmasına rağmen, Mahkemenin kararından, hatalı ceza süreçlerine neden olan -adil yargılanma haklarının ihlali gibi- insan hakları ihlalleri durumunda, hem cezanın hem de mahkumiyetin uluslararası hukuka aykırı olmaları dolayısıyla yargısal incelemeye ve yeniden değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği sonucu çıkarılabilir.

Hukuki Hakları İadesi

Cezai işlemlerin yeniden başlatılmasının ötesinde, diğer hukuki hakların da geri verilmesi gerekebilir. 'Hukuki hakların iadesi' bir insan hakları ihlali sonucu kişinin verilmeyen hakların yeniden tanınması anlamına gelir. Bu alandaki en önemli örnek, insan haklarına aykırı bir yargılama sonucu verilen mahkûmiyet ve cezalara ilişkin olarak bir kişinin sabıka kaydının bir yargılama sonrasında düzeltilmesidir. İnsan hakları sözleşmeleri, bir kişinin hatalı bir şekilde ya da adaletin kötü işletilmesi sonucu mahkûm edilmişse, Devletin bu kişiye tazminat ödemesini öngörmektedir.⁵⁴⁶ Ancak, eğer bir kişi yanlış şekilde mahkûm edilmişse, mahkumiyetin sonuçları ortadan kaldırılmalıdır; salt tazminat ödenmesi verilen zararı ortadan kaldırmaz. Bu, uluslararası hukuk tarafından teyit edilmiştir.

⁵⁴²Ibid, para 140.

⁵⁴³Ibid, paras 138, 143.

⁵⁴⁴Ibid, para 153(9).

⁵⁴⁵31 Mart 2004 tarihli kararın yorumlanması talebi, Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Meksika / ABD), UAD 19 Ocak 2009 tarihli karar, para 44.

UMSHS, Madde 14(6); AİHS, 7. Protokolün 3. Maddesi; AmeİHS, Madde 10.

⁵⁴⁶UMSHS, Madde 14(6); AİHS, 7. Protokolün 3. Maddesi; AmeİHS, Madde 10.

Loayza Tamayo davasında, başvuru AmeİHS tarafından güvence altına alınan hakları ihlal edilerek tutuklanmış ve mahkûm edilmişti. Amerikalılar-arası Mahkeme, ihlallerin tüm sonuçlarının ortadan kaldırılması gerektiğine karar vermiştir. Bu, yargılamanın ve mahkûmiyetin ve tutuklanmanın tüm kayıtlarının iptal edilmesi gerektiği anlamına geliyordu.⁵⁴⁷ *Surez Rosero ve Cantoral Benavides* davalarında da benzer şekilde karar vermiştir.⁵⁴⁸

Sözleşmeye aykırı mahkûmiyet durumlarında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Devletin "başvuranların, yukarıda belirtilen davalardaki Sözleşmeye aykırı mahkûmiyetlerinin sonuçlarının hızla ve tamamen ortadan kaldırılmasını sağlayacak geçici tedbirler alması gerektiğini..." belirtmiştir.⁵⁴⁹ Adil olmayan yargılamaya dayanan mahkûmiyetlerin silinmesi gerekir.⁵⁵⁰

Özgürlüğün İadesi

Uluslararası insan hakları hukukuna aykırı olarak tutuklama veya adil olmayan yargılama sonucu hapis cezasına çarptırılma hallerinde uluslararası içtihat bu kişilerin salıverilmesini gerektirmektedir.⁵⁵¹ İnsan Hakları Komitesi ayrıca, eğer gözaltı koşulları uluslararası insan hakları hukukunu ihlal ederse, tutma koşullarının

⁵⁴⁷Loayza Tamayo / Peru (Telafiler), AAİHM, 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 42, para 122.

⁵⁴⁸Suárez Rosero / Ekvador (Telafiler), AAİHM, 20 Ocak 1999 tarihli karar, Series C No. 44, para 76; Cantoral Benavides / Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 88, para. 77-78.

⁵⁴⁹AK Bakanlar Komitesi, Ara karar DH(2001)106 (2001), Türkiye'de ifade özgürlüğünün ihlali : bireysel önlemler.

⁵⁵⁰AK Bakanlar Komitesi, Ara karar Res DH(2004)13 (1999), Dorigo Paolo / İtalya kararıyla ilgili; ara kararlar DH(99)258 (1999) (ihlal tespiti) ve DH(2002)30 (2002) (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihlal eden yargısal prosedürlerin yeniden açılmasına ilişkin).

⁵⁵¹İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri, Peru, BM Bel CCPR/CO/70/PER (2000), para 11(b); Sarma / Sri Lanka, Karar 950/2000, BM Bel CCPR/C/78/D/950/2000 (2003), para 11; Casafranca de Gómez / Peru, Karar 981/2001, BM Bel CCPR/C/78/D/981/2001 (2001), para 9; Polay Campos / Peru, Karar 577/1994, BM Bel CCPR/C/61/D/577/1994 (1998), para 10; Teillier Arredondo / Peru, Karar 688/1996, BM Bel CCPR/C/69/D/688/1996 (2000),

düzeltilmemesi halinde, tutuklunun serbest bırakılması gerektiğini tespit etmiştir.⁵⁵²

Vatandaşlığın İadesi ya da tanınması

Telafiye İlişkin BM İlkeleri, vatandaşlığın iadesini telafi yöntemlerinden biri olarak saymaktadır.⁵⁵³ Gerçekten de bir kimsenin uluslararası hukuka aykırı olarak vatandaşlıktan mahrum bırakılması halinde⁵⁵⁴, eski hale iade vatandaşlığın iadesi veya tanınması yoluyla kolayca gerçekleştirilebilir. Bu yöntem, örneğin, Zorla veya İrade dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu⁵⁵⁵ ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu⁵⁵⁶ tarafından kabul edilmiştir.

Kişinin ikamet yerine dönmesi

Devletin başvuruçuyu yaşamına yönelik tehditlere karşı korumaması ve bu tehditleri soruşturmaması dolayısıyla yurtdışında yaşamak zorunda kalması durumunda, İnsan Hakları Komitesi,

para 12. Ayrıca bkz: Assanidze / Gürcistan, AİHM, 8 Nisan 2004 tarihli karar, para. 202-203; Ilascu and others / Moldova ve and Rusya, AİHM, 8 Temmuz 2004 tarihli karar, para 490; Loayza Tamayo Case, AAİHM, 17 Eylül 1997 tarihli karar, Series C No. 33, hüküm para 5; Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation / Nijerya AİHHK, Karar 102/93 (1998); Centre for Free Speech / Nijerya, AİHHK Karar 206/97 (1999); Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation / Nijerya, AİHHK Karar 143/95 ve 150/96 (1999); Constitutional Rights Project v Nijerya, AİHHK 148/96 (1999).

⁵⁵²Reece / Jamaika, İnsan Hakları Komitesi, BM Bel CCPR/C/78/D/796/1998 (2003), para 9.

⁵⁵³Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, İlke 19.

⁵⁵⁴Vatandaşlık hakkı şu belgelerde güvence altına alınmıştır: İHEB, Madde 15(1); UMSHS, Madde 24(3); KKHAOKS, Madde 5(d)(iii) ve 9; ÇHS, Madde 8; GİS, Madde 29.

⁵⁵⁵Zorla veya İrade Dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu Raporu, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Bildirgesinin 19. Maddesine İlişkin Genel Yorumlar, BM Bel E/CN.4/1998/43 (1998), para 75.

⁵⁵⁶Malawi African Association et al. / Moritanya, AİHHK Kararları 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97 and 210/98 (2000); John K. Modise / Botswana, AİHHK Kararı 97/93 (2000).

Devletin "bu kişinin ülkesine dönmesini sağlamak için kişinin güvenliğini ve yaşamını korumak için gerekli tedbirleri alma zorunluluğu olduğunu" belirtmiştir.⁵⁵⁷ Benzer şekilde, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, Devletin siyasi zulme uğrayan ve ülkeyi terk etmek zorunda kalan bir başvuranın ülkesine dönmesini sağlaması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁵⁸ Ayrıca, kişilerin AİHHŞ'ye aykırı olarak ülkeden sınır dışı edildiği hallerde Devletin hızlı bir şekilde geri dönüşlerini sağlaması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁵⁹ Amerikalılar-arası Mahkeme, Devletin hem başvuranların geri dönüşünü sağlayacak hem de gelecekteki güvenliğini güvence altına almak için gerekli tüm önlemleri almasını istemiştir. Bu önlemler, ister devlet organları olsun, isterse devlet dışı aktörler, kişilerin güvenliğini tehditten sorumlu olan kişilerin soruşturulması ve cezalandırılması yükümlülüğünü de içerir.⁵⁶⁰

Bu içtihat bir dereceye kadar uluslararası hukukta yer alan ülke-ye dönme hakkını⁵⁶¹, özellikle mültecilerin⁵⁶² ve yerinden edilmiş kişilerin⁵⁶³ güvenli bir şekilde ve onuruyla geri dönme hakkı ile örtüşmektedir.

⁵⁵⁷Jiménez Vaca / Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi Kararı 859/1999, BM Bel CCPR/C/74/D/859/1999 (2002), para 9. Ayrıca bkz. Zorla veya İrade Dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Bildirgesinin 19. Maddesine İlişkin Genel Yorumlar, BM Bel E/ CN.4/1998/43 (1998), para 75.

⁵⁵⁸John D. Ouko / Kenya, AİHHK Kararı 232/99 (2000).

⁵⁵⁹Malawi African Association et al / Moritanya, AİHHK Kararları 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97 ve 210/98 (2000).

⁵⁶⁰The Moiwana Community Case, AAİHM, 15 Haziran 2005 tarihli karar, Series C No. 124, para 212; Manuel Cepeda Vargas / Kolombiya, AAİHM, 6 Mayıs 2010 tarihli karar, Series C No. 213, para 218; Massacres of El Mozote and Nearby Places / El Salvador, AAİHM, 25 Ekim 2012 tarihli karar, Series C No. 252, para. 345-346, et seq.

⁵⁶¹Bkz. İHEB, Madde 13(2); UMSHS, Madde 12(4); IAOKS, Madde 5(d)(ii).

⁵⁶²Bu hak Genel Kurulun çeşitli kararlarında teyit edilmiştir, şunlar dahil: 49/169 (1994), hüküm para (OP) 9; 50/152 (1995), OP 17; 51/75 (1996), OP 16; 52/103 (1997), OP 12; 53/125 (1998), OP 11; 54/146 (1999), OP 12; 54/147 (1999), OP 16; 56/135 (2001), OP 19; 57/183 (2002), OP 22.

⁵⁶³İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Alt-Komisyonu, Mülteciler ve yerinden edilmiş kişilerin barındırılması ve mallarının iadesine dair BM İlkeleri, BM

İşe iade

Birçok durumda insanlar, insan hakları ihlal edilerek işlerinden çıkarılırlar. Bu gibi durumlarda, eski hale iade, işe iade suretiyle gerçekleştirilir. Bu, uluslararası içtihadta giderek daha fazla yansıtılmaktadır. İnsan Hakları Komitesi, UMSHS'nin 2/3. maddesi anlamında etkili bir çözüm sağlamak için yetkililerin, kişiyi işine veya benzer bir işe iadesini sağlaması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁶⁴ *Chira Vargas-Machuca / Peru* davasında, Komite, Devletin, başvuranın tüm sonuçlarıyla birlikte "görevine ve makamına etkin bir biçimde iadesini sağlamasını, bunun da kişi 1991 yılında işinden atılmamış olsaydı hangi makamda olacaksa o makama ya da benzer bir makama atanması" ve ayrıca "görevinden uzak kaldığı süre boyunca alması gereken maaş ve diğer ücretlerin tutarına eşit bir tazminatın ödenmesini" gerektirdiğini belirtmiştir.⁵⁶⁵ Benzer kararlar, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi⁵⁶⁶, Zorla veya İrade dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu,⁵⁶⁷ Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu⁵⁶⁸ ve Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi⁵⁶⁹ tarafından da verilmiştir. Ayrıca, işe iadenin mümkün olmaması halinde Devletin tazminat ödemesi gerektiğini belirtmiş-

Bel E/CN.4/Sub.2/2005/17 (2005), Ek, İlke 10.

⁵⁶⁴Busyo / Demokratik Kongo Cumhuriyeti, İnsan Hakları Komitesi, Karar 933/2000, BM Bel CCPR/C/78/D/933/2000 (2003), para 6.2; Nyekuma Kopita Toro Gedumbe / Demokratik Kongo Cumhuriyeti, İnsan Hakları Komitesi, Karar 641/1995, BM Bel CCPR/C/75/D/641/1995 (1997), para 6.2.

⁵⁶⁵Félix Enrique Chira Vargas-Machuca / Peru, İnsan Hakları Komitesi, Karar 906/2000, BM Bel CCPR/C/75/D/906/2000 (2002), para 9.

⁵⁶⁶Yılmaz Dogan / Hollanda, IAOKK Karar 1/1984, BM Bel CERD/C/36/D/1/1984 (1998), para 10.

⁵⁶⁷Zorla ya da İrade dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Bildirgesinin 19. Maddesine ilişkin Genel Yorumlar, BM Bel E/CN.4/1998/43 (1998), para 75.

⁵⁶⁸Malawi African Association et al. / Moritanya, AİHHK Kararlar 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97 and 210/98 (2000).

⁵⁶⁹Baena Ricardo et al / Panama, AAİHM, 2 Şubat 2001 tarihli karar, Series C No. 72, para 203.

lerdir. *Loayza Tamayo davasında*, Amerikalılara-arası Mahkeme, Devletin işe iadeyi sağlamak zorunda olduğunu; mağdurun uğradığı manevi zarar dolayısıyla bunun mümkün olmaması halinde, yetkililerin maaş, sosyal güvenlik ve istihdam yardımları temin etmek zorunda olduğuna hükmetmiştir.⁵⁷⁰

Özetle, bir insan hakları ihlali sonucu kişinin işini kaybetmesi durumunda, uluslararası insan hakları içtihadından Devletin bu kişiyi işine iade etmek suretiyle eski hale iade sağlaması gerektiği sonucu çıkmaktadır; bu mümkün değilse, mağdur benzer bir işe yerleştirilmelidir; ve yalnızca son çare olarak, eğer ikisi de sağlanamazsa, yetkililer kişinin işini kaybetmesi dolayısıyla tazminat ödemelidir.

Mülkün geri verilmesi

İnsan haklarına aykırı olarak mülkiyetten yoksun bırakılmaya gelince, ilke olarak eski hale iade, mülkün geri verilmesini gerektirir. Yasadışı kamulaştırma durumunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "en iyi giderim yönteminin Devletin araziyi geri vermesi olduğunu" belirtmiştir.⁵⁷¹ İnsan Hakları Komitesi de mülkün iadesini veya eşdeğer tazminat verilmesini önermiştir.⁵⁷² Benzer şekilde, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, yağmalanan malların başvuranlara iade edilmesini tavsiye etmiştir.⁵⁷³

⁵⁷⁰Loayza Tamayo / Peru (Telafiler), AAİHM, 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 42, para. 113-116.

⁵⁷¹Hentrich / Fransa, AİHM, 22 Eylül 1994 tarihli karar, Series A No. 296-A, para 71. Ayrıca bkz. Papamichalopoulos and Others / Yunanistan (Madde 50), AİHM, 31 Ekim 1995 tarihli karar, Series A No. 330-B, para 38; Brumarescu / Romanya, AİHM, Büyük Daire, 23 Ocak 2001 tarihli karar, Reports 2001-I, para 22.

⁵⁷²Brok / Çek Cumhuriyeti, İnsan Hakları Komitesi, Karar 774/1997, UN Doc CCPR/C/73/D/774/1997 (2002), paras 7.4, 9; Des Fours Walderode, İnsan Hakları Komitesi, Karar 747/1997, BM Bel CCPR/C/73/D/747/1997 (2001), paras 8.4, 9.2.

⁵⁷³Malawi African Association et al / Moritanya, AİHHK, Kararlar 54/91 et al (2000).

Özetle, uluslararası hukuk ve içtihat açık bir şekilde ortaya koymuştur ki, eski hale iade ilkesi uluslararası insan hakları hukukunda sağlam bir şekilde yerleşmiştir. Eski hale (*status quo ante*) dönmenin mümkün olduğu hallerde, yetkililerin iade için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü vardır. Bununla birlikte, eski hale iade ilke olarak birincil telafi şekli olsa da uygulamada en az rastlanan durumdur, zira çoğu zaman ihlal öncesi duruma tamamen dönmek mümkün değildir, özellikle de mağdurların ve yakınlarının uğradığı manevi zarar dolayısıyla. Tam olarak eski hale iadenin mümkün olmadığı durumlarda, eski hale en yakın duruma getirmek için, örneğin benzer bir pozisyonda yeniden işe alma gibi, gerekli önlemleri almalıdırlar. Bunun da mümkün olmadığı durumlarda, Devlet, eski durumun (*status quo ante*) kaybedilmesinden kaynaklanan zararı kapsayan tazminat ödemelidir.

7.2 Tazminat

Telafiye İlişkin BM İlkeleri, uygulamayı ve içtihadı aşağıdaki formülasyon ile özetlemiştir.

“Uluslararası insan hakları hukukunun ağır ihlali ve ciddi insancıl hukuk ihlallerinden kaynaklanan, aşağıdaki gibi, ekonomik olarak ölçülebilecek zararlar için, ihlalin ağırlığına ve her davanın koşullarına uygun ve ölçülü olarak tazminat sağlanmalıdır:

- a. Fiziksel veya zihinsel zarar;
- b. İstihdam, eğitim ve sosyal yardımlar dahil olmak üzere kaybedilen fırsatlar;
- c. Maddi zararlar ve potansiyel kazanç kaybı dahil kazanç kaybı;
- d. Manevi zarar;
- e. Hukuki veya uzman yardımı, ilaç ve sağlık hizmetleri ile psikolojik ve sosyal hizmetler için gereken masraflar.”⁵⁷⁴

Tazminat terimi, ulusal mevzuat ve uygulamalarda çeşitli şekillerde kullanılmaktadır; bazen özellikle Fransızca ya da İspanyolca dil-

⁵⁷⁴Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, İlke 20.

lerinde tazminattan farklı bir anlama sahip olan zararın ödenmesi (indemnity) terimi, kullanılmaktadır.⁵⁷⁵ Bununla birlikte, uluslararası düzeyde, bu terimler eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Tazminat terimi burada ister maddi olsun ister manevi ya da ister parasal olsun, ister parasal olmayan belirli zararlar için ekonomik ya da parasal ödeme sağlamayı amaçlayan belirli bir telafi şekli olarak anlaşılacaktır.

Genel olarak tazminat

Anlaşmalar ve diğer uluslararası belgeler

İlk olarak, pek çok insan hakları sözleşmesi, insan hakları ihlalleri için açık bir bireysel "tazminat" hakkı içerir; diğerlerinde ise tazminat hakkı, "telafi" veya "adil tatmin" gibi diğer formülasyonlar şeklinde ifade edilmiştir. Bazı hükümler "tazminat" için açık bir referans içerir.⁵⁷⁶

İnsan hakları ihlalleri için genel tazminat hakkının ötesinde, birçok anlaşma hukuka aykırı tutuklama, gözaltına alma veya mahkûmiyet için tazminat ödenmesine ilişkin uluslararası teamül hukuku kuralını da içermektedir: UMSHS, Madde 9/5; AİHS, Madde 5/5; AmeİHS, Madde 10; Arap İnsan Hakları Sözleşmesinin 16 maddesi ve Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 85. maddesi.

İnsancıl hukukta tazminat hakkı, şu hükmü içeren, Cenevre

⁵⁷⁵Fransızca: compensation/indemnité; İspanyolca: compensación, indemnización.

⁵⁷⁶İKS, Madde 14; UÇÖ Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi 1989 (No. 169), Madde 16(4), (5); Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, Madde 75(1); Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge Madde 19; Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri Bildirgesi, İlke 12; İnsan Hakları Savunucuları Bildirgesi, Madde 9(2). Bölgesel belgelerde, bkz AmeİHS, Madde 63(1); İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşme, Madde 9; Avrupa Toplulukları Anlaşması, Madde 288(2); AB Temel Haklar Şartı, Madde 41(3); AİHHS, Madde 21(2); Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin Kurulmasına Dair AİHHS'ye Ek Protokol, Madde 27(1).

Sözleşmelerine Ek 1. Protokolün 91'inci maddesinde yer almaktadır: "Eğer dava(cı) talep ederse, çatışmanın Sözleşmelerin veya bu Protokolün hükümlerini ihlal eden tarafı, tazminat ödemekle yükümlüdür". Savaş Esirlerine Muameleye İlişkin Üçüncü Cenevre Sözleşmesinin 68. maddesi, çalışmadan ya da şahsi etkilerden kaynaklanan yaralanma veya diğer sakatlıklar veya Esir tutan Güç tarafından el konulan para ve değerli eşyalar için savaş esirlerinin tazminat talebinde bulunma prosedürünü düzenlemektedir.

İçtihat

Chorzów Fabrikası Davasında, Uluslararası Daimî Adalet Divanı için tazminat, eğer yerine getirilmesi imkansızsa, aynen iadenin yerine geçer. Tazminatın tutarı, aynen iadenin sağlayacağı değere, yani yasadışı işlem gerçekleşmemiş olsaydı bulunulacak olan durumla karşılaştırıldığında kaybedilen değere, dayanmalıdır:

"Aynen iade, veya, bu mümkün değilse, aynen iadenin sağlayacağı değere karşılık gelen bir tutarın ödenmesi; ihtiyaç duyulması halinde, aynen iadenin veya yerine yapılan ödemenin karşılayamayacağı zararlar için hükmedilecek meblağ – bunlar, uluslararası hukuka aykırı bir fiil dolayısıyla ödenmesi gereken tazminatın tespitinde yararlanılacak ilkelerdir."⁵⁷⁷

Ayrıca, Mahkeme, özel kişilere verilen zararın da tazminat hesabında dikkate alınması gerektiği kanaatindedir.⁵⁷⁸

Bir Gine vatandaşı olan Bay Diallo'nun, Kongo Demokratik Cumhuriyeti tarafından tutuklanmasının, gözetimine alınmasının ve sınır dışı edilmesinin hem UMSHS hem de AİHHŞ tarafından güvence altına alınan haklarını ihlal ettiğini tespit ettikten sonra, Uluslararası Adalet Divan şöyle demiştir:

"Davanın koşulları ışığında, özellikle ihlal edilen insan hakları yükümlülüklerinin temel niteliği ve Gine'nin tazminat biçimindeki

⁵⁷⁷Chorzów Fabrikasına İlişkin Karar (Tazminat talebi) (Esas), UDAD, Series A No. 17, 13 Eylül 1928, p.27.

⁵⁷⁸Ibid, p.27.

telafi talebi (dikkate alındığında), Mahkeme, ihlallerin yargısal tespitine ek olarak, Bay Diallo'nun uğradığı zarar için Gine'ye sağlanması gereken telafinin, tazminat şeklinde olması gerektiği görüşündedir.⁵⁷⁹

Tazminat tutarı, "kişisel eşyalarının kaybı da dahil olmak üzere, 1995-1996 yıllarında Bay Diallo'nun hukuka aykırı olarak tutuklanması ve sınır dışı edilmesinden kaynaklanan zararlara" dayanmalıydı.⁵⁸⁰

Maddi ve manevi zararlar için tazminat,⁵⁸¹ özellikle de hukuka aykırı ölüm veya hürriyetten mahrum bırakma dolayısıyla tazminata, tazminat komisyonları tarafından hükmedildiğine işaret edilmelidir.⁵⁸² Meşhur *Lusitania* davasında, tazminat miktarı şöyle hesaplanmıştır:

"Hem Kita Avrupası (civil law) hem de Ortak Hukuk (common law) sistemlerinin genel bir kuralıdır ki, her özel hak ihlali zarar doğurur ve her zarar için hukuk bir giderim sağlar. Genel olarak söylemek gerekirse, sağlanan giderim, uğranılan zarar ile orantılı olmalıdır. "Tazminat (compensation)", "telafi (reparation)", "zararın ödenmesi (indemnity)", "karşılık (recompense)" gibi farklı şekillerde ifade edilir ve parasal standartlarla ölçülür, çünkü Gro-tius'un dediği gibi, "para, değerli şeylerin ortak ölçüsüdür".

[...]

(a) Ölen kişi öldürülmemiş olsaydı başvurana yapacağı katkıların miktarı, ek olarak, (b) vefat edenin, davacının bakımı, eğitimi veya gözetimi, şeklinde sağladığı kişisel hizmetlerinin bu hak talebinde bulunan kişi için maddi değeri, ve (c) başvuranın ger-

⁵⁷⁹Ahmadou Sadio Diallo / Demokratik Kongo Cumhuriyeti (Esas), UAD 30 Kasım 2010 tarihli karar, para 161.

⁵⁸⁰Ibid, para 163.

⁵⁸¹Buna aynı zamanda maddi ve manevi (material and moral) zarar; parasal ve parasal olmayan zarar (pecuniary and non-pecuniary); malvarlığına ilişkin, malvarlığına ilişkin olmayan zarar (patrimonial and non-patrimonial) da denir.

⁵⁸²Bkz. Referanslar UHK, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna Dair Maddelerin 30. Maddesine ilişkin Yorumlar, (2001) II(2) Yearbook of the ILC, 36 Maddeye İlişkin Yorum, para 18.

çekte bu ölüm dolayısıyla uğradığı, aile bağlarının ciddi şekilde sarsılmasından kaynaklanan psikolojik acı veya şok için makul bir tazminat ekleyin. Bu miktarların toplamının güncel nakdi değeri, genellikle talep edenin uğradığı zararı temsil edecektir.”⁵⁸³

Diplomatik koruma alanında, özellikle kişiye zarar verilmesi veya mülkün zarar görmesi veya kamulaştırılması durumunda, uygun tazminat konusunda da rehber ilkeler bulunmaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun belirttiği gibi, diplomatik koruma alanındaki içtihat: “Tazmin edilebilir kişisel zarar, yalnızca kazanç ve kazanma kapasitesi kaybı, tıbbi harcamalar ve benzerleri gibi maddi kayıpları değil, aynı zamanda bireyin uğradığı maddi olmayan zararları da kapsamaktadır (evrensel olarak olmasa da bazen, ulusal sistemlerde ‘manevi zarar’ olarak anılır)”.⁵⁸⁴

Birleşmiş Milletler Sözleşme organları, belirli bir sözleşmede açıkça belirtilmediği halde tazminat hakkını kabul etmiştir. Gerçekten, İnsan Hakları Komitesi, bir uygulama meselesi olarak Devletlerin tazminat ödemesini önermektedir.⁵⁸⁵ Bu tavsiyenin temeli, çözüm hakkını güvence altına alan UMSHS’nin 2/3-(a) maddesidir; Komite, çözüm hakkını tazminatı kapsar şekilde yorumlamaktadır. Devlet raporlarına ilişkin sonuç gözlemlerinde tazminat önlemlerinin uygulanmasını emretmiştir.⁵⁸⁶ Bununla birlikte, İnsan

⁵⁸³Lusitania Davalarındaki Görüş, Karma Talepler Komisyonu, Birleşik Devletler ve Almanya, 1 Kasım 1923, Recueil de sentences arbitrales, Volume VII, p.32, at 35.

⁵⁸⁴UHK, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna Dair Maddelerin 30. Maddesine İlişkin Yorumlar, (2001) II(2) Yearbook of the ILC, 36 Maddeye İlişkin Yorum, para 16.

⁵⁸⁵İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Libya Arap Cumhuriyeti, BM Bel CCPR/C/79/Add.101 (1998), para 7; Meksika, BM Bel CCPR/C/79/Add.109 (1999), para 6.; Guatemala, BM Bel CCPR/CO/72/GTM (2001), para 12. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Kararları: Bleier / Uruguay, BM Bel CCPR/C/15/D/30/1978 (1978), para 5; Almeida de Quinteros et al / Uruguay, BM Bel CCPR/C/19/D/107/1981 (1983), para 138; Sterling / Jamaika, BM Bel CCPR/C/57/D/598/1994 (1994), para 10; Blanco / Nikaragua, BM Bel CCPR/C/51/D/328/1988 (1994), para 11; Sarma / Sri Lanka, BM Bel CCPR/C/78/D/950/2000 (2003), para 11.

⁵⁸⁶İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Kolombiya, BM Bel CCPR/CO/80/COL (2004), para 10; Almanya, BM Bel CCPR/CO/80/LTU (2004), para 15;

Hakları Komitesi, Avrupa ve Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemelerinin aksine, mağdurlara verilecek belirli bir tazminat öngörmemektedir; sadece tazminatın "yeterli" olması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁸⁷ İşkenceye Karşı Komite de benzer şekilde, Devletleri "adil ve yeterli tazminat" ödemeye davet etmektedir.⁵⁸⁸ Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, 19 nolu Genel Tavsiyesinde, kadına yönelik şiddetle mücadelede "tazminat da dahil olmak üzere, çözümlerin" sağlanması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁸⁹ Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Komitesi, IAOKS'nin 6. maddesine dayanmakta ve bunu "ekonomik tazminat dahil olmak üzere adil ve yeterli telafi veya tatmin hakkını..." içerir şekilde yorumlamaktadır.⁵⁹⁰

Tazminat hakkı, BM İnsan Hakları Komisyonunun⁵⁹¹ bazı kararlar-

Suriname, BM Bel CCPR/CO/80/SUR (2004), para 11; Uganda, BM Bel CCPR/CO/80/UGA (2004), paras 7, 16.

⁵⁸⁷Bkz. İnsan Hakları Komitesi, Kararlar: Sterling / Jamaika, BM Bel CCPR/C/57/D/598/1994 (1994), para 10; Blanco / Nikaragua, BM Bel CCPR/C/51/D/328/1988 (1994), para 11; Sarma / Sri Lanka, BM Bel CCPR/C/78/D/950/2000 (2003), para 11.

⁵⁸⁸Hajrizi Dzemajl et al / Yugoslavya, İşkenceye Karşı Komite Kararı 161/2000, BM Bel CAT/C/29/D/161/2000 (2002), para 11. Komitenin Dzemajl davasındaki tespitlerine dayanarak Karadağ Hükümeti 1995 yılındaki tüm Roman mahallesinin şiddet yoluyla yıkıldığı olayın 74 mağduruna 985.000 Avro ödemeyi kabul etmiştir. Bkz. Cezasızlığa ilişkin bağımsız çalışma, BM Bel E/CN.4/2004/88 (2004), para 64). Ayrıca bkz. İşkenceye Karşı Komite Sonuçlar ve tavsiyeler: Suudi Arabistan, BM Bel CAT/C/CR/28/5 (2002), para 8(f); Brezilya, BM Bel A/56/44 (2001), para. 115-120.

⁵⁸⁹CEDAW Komitesi, Kadına Karşı Şiddete Dair Genel Tavsiye 19, BM Bel A/47/38 (1992), para 24(i).

⁵⁹⁰Bkz. IAOK Komitesi, Kararlar: B.J. / Danimarka, BM Bel CERD/C/56/D/17/1999 (2000), para 6.2; L.K. / Hollanda, BM Bel CERD/C/42/D/4/1991 (1993), para 6.9; Habassi / Danimarka, BM bel CERD/C/54/D/10/1997 (1999), para 11.2.

⁵⁹¹İnsan Hakları Komisyonu kararları 2003/63, para 4 (hukuk dışı, keyfi ve yarasız infazlar) ve 2003/32, para 10 (işkence).

rında ve özel prosedürlerinde⁵⁹² de tanınmıştır. Zorla veya İrade dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, tazminatın yeterli olması, yani ihlalin ağırlığıyla orantılı olması gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁹³

BM antlaşma organları gibi, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu⁵⁹⁴ ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu⁵⁹⁵ da tazminat önermekte, ancak belirli bir miktar belirtmemektedir. Öte yandan, Amerikalılar-arası ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemeleri, bazı tutarsızlıklar içerse de tazminat konusunda ayrıntılı bir içtihat geliştirmişlerdir ve maddi ve maddi olmayan zararlar şeklinde tasnif ederek belli miktarlarda tazminata hükmetmektedirler.⁵⁹⁶

İnsancıl hukuk ihlalleri için de tazminat ödenmesi gerekmektedir. *Silahlı çatışma dönemlerinde sivil nüfusun korunması* konusundaki Kararında, 26. Uluslararası Kızıl Haç ve Kızılay Konferansı, "ulus-

⁵⁹²Kadına karşı şiddet özel raportörünün, Aile içinde kadınlara karşı şiddet içeren kültürel uygulamalara ilişkin raporu, BM Bel E/CN.4/2002/83 (2002), para. 116, 119; İşkence Özel Raportörünün raporu, BM Bel E/CN.4/2003/68 (2002), para 26(I).

⁵⁹³Zorla veya İrade Dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirgenin 19. Maddesine ilişkin Genel Yorumlar, BM Bel E/CN.1/1998/43 (1998), para 73.

⁵⁹⁴Mesela bkz: Samuel Alfonso Catalán Lincoleo (Şili), AAİHK, Report No. 61/01, Dava 11.771, 16 Nisan 2001, para 96(3) [aile üyeleri için manevi tazminat da dahil olmak üzere maddi ve manevi tazminat]; Maria Da Penha Maia Fernandes (Brezilya), AAİHM, Report No. 54/01, Dava 12.051, 16 Nisan 2001, para 61(3) [Devletin aile içi şiddeti engelleyememiş olması dolayısıyla sembolik ve güncel tazminat]; Kişilerin Zorla Kaybedilmesi ve Yargısız İnfazı (Peru), AAİHK, Report No. 101/01, Dava 10.247 et al, 11 Ekim 2001, para 253(3); Lucio Parada Cea et al (El Salvador), AAİHK, Report No. 1/99, 27 Ocak 1999, para 160(3).

⁵⁹⁵Malawi African Association et al / Moritanya, AİHHK Kararlar 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97 ve 210/98 (2000); Mouvement Burkinabé des Droits de l'Homme et des Peuples / Burkina Faso, AİHHK Karar204/97 (2001); The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nijerya, AİHHK Karar 155/96 (2001), para. 57, 61; John K. Modise / Botswana, AİHHK Karar 97/93 (2000), para 96.

⁵⁹⁶Bkz. aşağıda atıf yapılan içtihat.

lararası insancıl hukuku ihlal eden silahlı çatışmanın bir tarafının, davada talep edilirse, tazminat ödemekle sorumlu olabileceğini” teyit etmiştir.⁵⁹⁷ 27. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı üyeleri, 2000-2003 yılları için Eylem Planı’nı kabul etmişlerdir; bu eylem planında “uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin bastırılması ile ilgili uluslararası anlaşmalar ve ulusal yasalar ve adil bir telafi sisteminin incelenmesi... yoluyla cezasızlığa karşı etkili bir bariyer” oluşturma hedefine ulaşmak amacıyla “Devletlerin, uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin mağdurlarına verilen zararların telafisine yönelik mekanizmaları incelemelerini” önermişlerdir.⁵⁹⁸ 2010 yılında, Uluslararası Hukuk Birliği, ilkelerin amacının “gidererek gelişmekte olan uluslararası hukuku yansıtmak”,⁵⁹⁹ yani silahlı çatışma mağdurlarına, tazminat hakkı da dahil olmak üzere, telafi hakkı sağlamak olarak açıklayan *Silahlı Çatışma Kurbanları İçin Telafilere İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Deklarasyonunu* kabul etmiştir.⁶⁰⁰

Aşağıda, uluslararası içtihadın, tazminatı, *Lusitania* hükmü ile aynı şekilde, kazanç kaybı ve diğer maddi hasarlar da dahil olmak üzere maddi tazminat ve manevi tazminat şeklinde ikiye böldüğü gösterilecektir.

⁵⁹⁷Kızılhaç ve Kızılayın 26. Uluslararası Konferansı, 1995, Silahlı çatışma dönemlerinde sivil halkın korunmasına dair 2. Karar.

⁵⁹⁸Kızılhaç ve Kızılayın 27. Uluslararası Konferansı, 1999, 2000-2003 yılları için eylem planı, para 11.

⁵⁹⁹Uluslararası Hukuk Derneği, Lahey Konferansı Raporu, Silahlı Çatışma Mağdurları için Telafiler, 2010, at p.2.

⁶⁰⁰Uluslararası Hukuk Derneği, Silahlı Çatışma Mağdurları için Telafiler, Karar 2/2010, Lahey, 15-20 Ağustos 2010, Madde 8.

Maddi Zararlar

İlk olarak, tazminat maddi zararlar, yani insan haklarının ihlal edilmesinden kaynaklanan ekonomik kayıplar için ödenir. İhlaller, güncel veya gelecekteki kazançların kaybına, taşınır ve taşınmaz malların kaybına ve hukuki yardımdan, soruşturmaların veya davaların takibi, tıbbi ve psikolojik yardımdan kaynaklanan maliyetlere, ani ve uzun vadeli sonuçlara neden olabilir.

Kazanç kayıpları

Uluslararası içtihat mağdurlara kazanç kayıpları için tazminat ödenmesi konusunda görüş birliğine sahiptir.

Uluslararası Adalet Divanı, yasadışı tutuklama dolayısıyla ödenmesi gereken tazminatın gelir kaybını içerdiğini kabul etmiş,⁶⁰¹ ancak Gine'nin hukuka aykırı tutuklanma dolayısıyla profesyonel ücret kaybına uğrandığını kanıtlayamadığından talep edilen miktara hükmetmeyi reddetmiştir.⁶⁰²

İnsan hakları ihlalinin iş kaybından oluştuğu durumlarda, İnsan Hakları Komitesi, tazmin edilecek miktarı kendisi hesaplamamakla birlikte, yetkililerin, mağdurun alacağı maaşlara dayanarak kazanç kaybını tazmin etmeleri gerektiği kanaatinde.⁶⁰³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "başvuranın iddia ettiği zarar

⁶⁰¹Ahmadou Sadio Diallo / Demokratik Kongo Cumhuriyeti (Tazminat), UAD 19 Haziran 2012 tarihli karar, para 40.

⁶⁰²Ibid, para. 41-50.

⁶⁰³Bkz. İnsan Hakları Komitesi, Karar: Busyo / Demokratik Kongo Cumhuriyeti, BM Bel CCPR/C/78/D/933/2000 (2003), para 6.2; Nyekuma Kopita Toro Gedumbe / Demokratik Kongo Cumhuriyeti, BM Bel CCPR/C/75/D/641/1995 (1997), para 6.2; Adimayo M. Aduayom et al / Togo, BM Bel CCPR/C/51/D/422/1990, 423/1990 ve 424/1990 (1996), para 9; Félix Enrique Chira Vargas-Machuca / Peru, BM Bel CCPR/C/75/D/906/2000 (2002), para 9.

ile AİHS'nin ihlali arasında açık bir nedensellik ilişkisi bulunması gerektiğini ve bunun, uygun durumda, kazanç kaybına ilişkin tazminatı da içereceğini" belirtmektedir.⁶⁰⁴ Maddi zararlarla ilgili olarak, ihlalden kaynaklanan zararın doğası gereği belirsiz bir niteliğe sahip olmasına rağmen, Mahkemeyi, geçmiş ve gelecekteki maddi zararlara karşılık, hakkaniyet esasına göre tazminata hükmetmekten alıkoymamıştır.⁶⁰⁵ *Isayeva-Rusya* davasında Mahkeme, başvuranın, 2. Maddenin ihlali suretiyle oğlunun ölümü ile, kendisine sağlayabileceği maddi desteğin kaybı arasında nedensellik ilişkisi bulunduğu yönündeki argümanını kabul etmiştir. Başvurucu oğlu öldürülmemiş olsaydı hayatının geri kalanında gelirinin üçte birini alma konusunda ona güvendiğini iddia etmiş ve Rusya'daki ortalama yaşam beklentisi temelinde kazanç kaybı toplamını hesaplamıştır.⁶⁰⁶

Amerikalılar-arası Mahkeme, kayıp kazançlarla ilgili en ayrıntılı hesaplamaları geliştirmiştir. Kayıp kazançlar, mağdurun ihlal öncesi kazancına dayanır.⁶⁰⁷ Mağdur öldüğünde, kayıp kazançlar için tazminat akrabalara ve diğer üçüncü taraflara verilir. Yukarıda bahsedildiği gibi,⁶⁰⁸ mağdurun akrabalarına veya diğer kişilere tazminat ödenmesi için, Amerikalılar-arası Mahkeme belirli kriterler belir-

⁶⁰⁴Çakıcı /Türkiye, AİHM, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, Reports 1999-IV, para 127; Selçuk ve Asker/ Türkiye, AİHM, 24 Nisan 1998 tarihli karar, Reports 1998-II, para 112; Orhan /Türkiye, AİHM, 18 Haziran 2002 tarihli karar, para 430; Aktaş /Türkiye, AİHM, 24 Nisan 2003 tarihli karar, para 352; İpek / Türkiye, AİHM, 17 Şubat 2004 tarihli karar, para. 229, 231, 233.

⁶⁰⁵Lustig-Prean and Beckett / Birleşik Krallık (Madde 41), AİHM, 25 Temmuz 2000 tarihli karar, para. 22-23; Orhan / Türkiye, AİHM, 18 Haziran 2002 tarihli karar, para. 431-434; Aktaş / Türkiye, AİHM 24 Nisan 2003 tarihli karar, para 353; İpek / Türkiye, AİHM, 17 Şubat 2004 tarihli karar, para 224.

⁶⁰⁶Isayeva / Rusya, AİHM, 24 Şubat 2005 tarihli karar, para 234; Karakoç / Türkiye, AİHM, 15 Ekim 2002 tarihli karar, para 285.

⁶⁰⁷Loayza Tamayo / Peru (Telafiler), AAİHM, 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 42, para 129.

⁶⁰⁸Bkz. Bölüm 2, 2.1.2 numaralı başlık.

lemiştir: ilk olarak, talep edilen ödemenin, bir yasal yükümlülüğe dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın, mağdur tarafından yapılan etkin ve düzenli katkılara dayanması gerekir; ikinci olarak, mağdur ile davacı arasındaki ilişkinin niteliği, mağdur öldürülmemiş olsa ödemelerin devam edeceği varsayımı için bir temel sağlayacak nitelikte olmalıdır; üçüncü olarak, katkılar alıcının maddi ihtiyacına dayanmalıdır.⁶⁰⁹ Ölçü alınacak referans, söz konusu Devletle ortalama yaşam beklentisidir.⁶¹⁰ Ayrıntılı veya güvenilir bilgi bulunmadığında, Mahkeme'nin esas aldığı ölçü ulusal hukuktaki asgari ücrettir⁶¹¹ ve Mahkeme kazanç kaybını "hakkaniyete göre" belirler.⁶¹² Mahkeme daha sonra, kazanç kaybını yıllık on iki maaşı ve ulusal mevzuat uyarınca sağlanan yardımları dikkate alarak hesaplar ve % 25 kişisel harcamalar için düşer, buna da güncel faiz ekler.⁶¹³ *Cantoral Benavides* davasında Mahkeme, gözaltında tutulduğu sırada bir biyoloji öğrencisi olan mağdurun kazanç kayıplarını, kişi tutuklanmamış ve öğrenimine devam etmiş olsaydı mesleğinden elde edeceği geliri esas alarak hesaplamıştır.⁶¹⁴ Kaybolduğu

⁶⁰⁹Aloeboetoe et al / Surinam (Telafiler), AAİHM, 10 Eylül 1993 tarihli karar, Series C No. 15, para. 67, 68.

⁶¹⁰Bámaca Velásquez v Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 91, para 51(b).

⁶¹¹Villagrán Morales et al / Guatemala, Sokak çocukları davası (Telafiler), AAİHM, 26 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 77, para 79; Case of Caracazo / Venezüella, (Telafiler), AAİHM, 29 Ağustos 2002 tarihli karar, Series C No. 95, para 88; Case of Panel Blanca / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 25 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 76, paras 116-117; Castillo Páez / Peru (Telafiler), AAİHM, 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 43, para 75.

⁶¹²Neira Alegría et al / Peru (Telafiler), AAİHM, 19 Eylül 1996 tarihli karar, Series C No. 29, para 49-52; Maritza Urrutia / Guatemala, AAİHM, 27 Kasım 2003 tarihli karar, Series C No. 103, para 158.

⁶¹³Villagrán Morales et el / Guatemala, Sokak Çocukları Davası (Telafiler), AAİHM, 26 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 77, para 79; Case of Caracazo Venezüella, (Telafiler), AAİHM, 29 Ağustos 2002 tarihli karar, Series C No. 95, para 81; Case of Panel Blanca / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 25 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 76, para. 95, 117, 132, 151, 166.

⁶¹⁴Cantoral Benavides / Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001 tarihli karar,

sırada bir gerilla savaşçısı olan *Bámaca Velásquez* davasında, Mahkeme, gerilla savaşçısı olarak faaliyetlerinden elde ettiği gelir dolayısıyla kazanç kaybı için tazminata hükmetmemiştir. Ancak, Guatemala'daki 1996'daki barış anlaşmalarından sonra işgücüne katılacağı ve bir geliri olacağını dikkate almıştır. Mahkeme, barış anlaşmalarından sonraki hayali yaşam süresi için (ortalama yaşam beklentisine dayanarak), hakkaniyet esasına dayanarak kazanç kaybı için bir miktara hükmetmiştir.⁶¹⁵

Son olarak, Amerikalılar-arası Mahkemenin *Bámaca Velásquez* davasında, kaybedilen mağdurun karısına, doğrudan kendi kazanç kayıpları için tazminata hükmettiği hatırlatılmalıdır, çünkü kadın "zamanının büyük çoğunluğunu kocasının nerede olduğunu tespit etmek için gerekli adımlar için harcamış, aynı zamanda adaleti engelleme faaliyetleri ile mücadele etmekten mesleğini icra etmeye fırsat bulamamıştır". Tazminat miktarı hakkaniyete göre belirlenmiştir.⁶¹⁶

Mahkeme gibi, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu da maddi zararın, "dolaylı zararları" ve "kazanç kayıplarını" içerdiğini kabul etmiştir.⁶¹⁷

Özetle, iş ya da maaş kaybı ile sonuçlanan insan hakları ihlali durumlarında kazanç kayıpları tazmin edilmelidir. Uluslararası içtihadın, yalnızca gerçek kazançlar hakkında kanıt bulunmamasından dolayı kazanç kaybı için tazminat ödemekte tereddüt etmediğini not etmek önemlidir. Kanıtın yetersiz kaldığı durumlarda, hak-

Series C No. 88, para. 47-49, benzet bir karar için bkz. Trujillo Oroza / Bolivya (Telafiler), AAİHM, 27 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 92, para. 71-73.

⁶¹⁵Bámaca Velásquez / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 91, para 51(b).

⁶¹⁶Ibid, para 54(a).

⁶¹⁷AAİHK, Amayampa, Llalagua ve Capasirca da, Kuzey Potosi, Bolivya'da İnsan Haklarının durumuna ilişkin Rapor, Aralık 1996, OEA/Ser.L/V/II, Doc 8 rev 1 (1997), para 204.

kaniyet esasına göre tazminat miktarı belirlenmiştir. Ayrıca, kazanç kaybının yalnızca mağdurlara değil, aynı zamanda, doğrudan mağdurun gelir kaybından ekonomik zarar gördükleri takdirde, akrabalarına veya diğer bakmakla yükümlü olduğu kişilere de verilmesi dikkat çekicidir.

Adli masraflar dahil olmak üzere diğer maddi zararlar

Kazanç kayıplarının ötesinde, mağdurlar, akrabaları veya diğer kişiler, ihlalden kaynaklanan diğer doğrudan maddi zarar biçimlerine maruz kalabilir. Bunlardan bazıları içtihatla ele alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ihlallerden kaynaklanan, ev ve diğer malların kaybı,⁶¹⁸ hayvanların kaybı,⁶¹⁹ ek harcamalar,⁶²⁰ alternatif barınma maliyetleri,⁶²¹ taşınma masrafları veya yeni bir konutta daha yüksek yaşam masrafları⁶²² gibi maddi zararlar için tazminata hükmetmektedir. Maddi zararlarla ilgili yeterince ayrıntılı kanıt bulunmadığı durumlarda, yine de bunlar için hakkaniyete uygun bir tazminata hükmetmektedir.⁶²³ Ayrıca, gerekli, makul ve fiilen gerçekleştiği sürece, yargılama giderlerinin ve harcamaların geri ödenmesine hükmetmektedir.⁶²⁴

Amerikalılar-arası Mahkeme, tazminatın hem geçmiş hem de gelecekteki tıbbi bakım ve psikolojik yardım masraflarını kapsamaması gerektiği kanaatindedir.⁶²⁵ *Surez Rosero davasında*, bedensel en-

⁶¹⁸Selçuk ve Asker / Türkiye, AİHM, 24 Nisan 1998 tarihli karar, Reports 1998-II, para 106; Bilgin / Türkiye, AİHM, 16 Kasım 2000 tarihli karar, para. 138-152.

⁶¹⁹İpek / Türkiye, AİHM, 17 Şubat 2004 tarihli karar, para. 228, 229.

⁶²⁰Ibid, para. 232, 233.

⁶²¹Bilgin / Türkiye, AİHM, 16 Kasım 2000 tarihli karar, para. 138-152.

⁶²²Orhan / Türkiye, AİHM, 18 Haziran 2002 tarihli karar, para 438.

⁶²³Selçuk and Asker / Türkiye, AİHM, 24 Nisan 1998 tarihli karar, Reports 1998-II, para 106.

⁶²⁴Bkz. Sadece Orhan / Türkiye, AİHM, 18 Haziran 2002 tarihli karar, para. 455, 456.

⁶²⁵Durand and Ugarte / Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 89, para. 36, 37 ve hüküm para 3; Loayza Tamayo / Peru (Telafiler), AAİHM, 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 42, para 129(d); Barrios Altos

gelli mağdur için ev içi yardım ve fiziksel ve psikolojik tedavi için tazminata hükmetmiştir.⁶²⁶ Ayrıca, örneğin kaybedilen mağdurları bulmak için yapılan harcamalar,⁶²⁷ aile ziyaretleri ve akrabalarının hapisanedeki tıbbi bakım harcamaları⁶²⁸ veya başka bir köye taşınma masrafları⁶²⁹ da dahil olmak üzere diğer birçok maddi zarar için tazminata hükmetmiştir. *Caracazo Davasında* Mahkeme, dolaylı zararları, yani kazanç kaybı dışındaki maddi zararları, hane halkına verilen zararları; ölünün kalıntılarının aranmasına ilişkin harcamalar; tıbbi tedavi masrafları; mezar açma maliyetleri; kazanç kayıpları; aile gelirinin azalması veya iflas gibi ailevi zararlar; mezar ve cenaze hizmetleri, vb. gibi masrafları da içeren diğer maddi zarar türlerini özetlemiştir.⁶³⁰ Mahkeme, mağdurlara yardım eden STK'ların harcamalarının geri ödenmesi de dahil olmak üzere, adli işlemlerin masraf ve giderlerinin geri ödenmesine hükmetmektedir.⁶³¹ Mağdurların çoğunun evlerini kaybettiği bir katliama ilişkin

Case / Peru (Telafiler), AAİHM, 30 Kasım 2001 tarihli karar, Series C No. 87, para 42 ve hüküm para 3; Bámaca Velásquez / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 91, para 52; Blake / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Ocak 1999 tarihli karar, Series C No. 48, para 50; Cantoral Benavides / Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 88, para 51; Trujillo Oroza / Bolivya (Telafiler), AAİHM, 27 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 92, para 74(b).

⁶²⁶Suárez Rosero / Ekvador (Telafiler), AAİHM, 20 Ocak 1999 tarihli karar, Series C No. 44, para 60.

⁶²⁷Bámaca Velásquez / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 91, para 52; Blake / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Ocak 1999 tarihli karar, paras 47-50; Trujillo Oroza / Bolivya (Telafiler), AAİHM, 27 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 92, paras 72-76; Juan Humberto Sánchez Case, AAİHM, 7 Haziran 2003 tarihli karar, Series C No. 99, para 166.

⁶²⁸Loayza Tamayo / Peru (Telafiler), AAİHM, 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 42, para 129; Cantoral Benavides / Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 88, paras 47-52.

⁶²⁹Juan Humberto Sánchez / Honduras, AAİHM, 7 Haziran 2003 tarihli karar, Series C No. 99, para 166.

⁶³⁰Case of Caracazo / Venezüella (Telafiler), AAİHM, 29 Ağustos 2002 tarihli karar, Series C No. 95, para 80.

⁶³¹Villagrán Morales et al / Guatemala, Sokak Çocukları Davası (Telafiler), AAİHM, 26 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 77, hüküm para 9; The Yakye Axa Indigenous Community Case, AAİHM, 17 Haziran 2005 tarihli karar, Series

davada Mahkeme, Devletin beş yıl boyunca yeterli barınma sağlamak üzere bir program hazırlamasını emretmiştir.⁶³²

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu da maddi zararların tazminine hükmetmektedir. Arama faaliyetleri sonucu Ogoniland'ın yıkılması ve köylerin ve gıda kaynaklarının tahrip edilmesi ve su ve toprağın kirlenmesiyle ilgili davada, Afrika Komisyonu hükümetin "devlet destekli baskınların mağdurlarını yeniden yerleştirme yardımı da dahil olmak üzere, insan hakları ihlalleri mağdurlarına yeterli tazminat ödenmesini" tavsiye etmiştir.⁶³³

İstihdam ve eğitim de dahil olmak üzere kaçırılan fırsatlar (ve "proyecto de vida" kavramı)

Telafiye İlişkin BM İlkeleri, tazminatın "istihdam, eğitim ve sosyal yardımlar dahil olmak üzere kaçırılan fırsatları" kapsamını öngörmektedir (İlke 20 (b)). Bunlardan, özellikle eğitim fırsatlarının kaçırılması meselesi Amerikalılar-arası Mahkeme tarafından ele alınmıştır. Nitekim, telafi konusundaki ilk kararlarından biri olan *Aloeboetoe et al davasında* Mahkeme, mağdurların mirasçılarının öğrenim görebilmeleri için tazminat almaları gerektiğine karar vermiştir. Fakat, sadece tazminat ödemenin yeterli olmadığını; ayrıca, çocuklar için uygun bir okul olması gerektiğini belirtmiş; ve sonuç olarak, Devletin yerel okulu yeniden açması ve öğretmen ve idari personel görevlendirmesi talimatını vermiştir.⁶³⁴

Peru Devleti tarafından adil olmayan bir yargılanma, hukuka aykırı tutuklama ve işkence mağduru olan ve Şili'de sürgünde yaşayan *Loayza Tamayo davasında*, Amerikalılar-arası Mahkeme 'proyecto de vida' ('yaşam planı') konseptini geliştirmiştir. Başvuranın tutuklanmasından kaynaklanan gelir kaybı dolayısıyla uğradığı mad-

C No. 125, para 195; Massacres of El Mozote and Nearby Places / El Salvador, AAİHM, 25 Ekim 2012 tarihli karar, Series C No. 252, para 393.

⁶³²Case of Plan de Sánchez Massacre (Telafiler), AAİHM, 9 Kasım 2004 tarihli karar, Series C No. 116, para 105.

⁶³³The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nijerya, AİHHK Karar 155/96 (2001), tavsiyeler

⁶³⁴Aloeboetoe et al / Surinam (Telafiler), AAİHM, 10 Eylül 1993 tarihli karar, Series C No. 15, para. 96.

di zararın ötesinde, yaşam planının zarar gördüğünü belirtmiştir. Bu kavram, mahkemenin anlayışına göre, kendini gerçekleştirme kavramına benzemektedir; "ilgili kişinin tam olarak kendini gerçekleştirilmesiyle ilgilenir ve onun yaşam amacını, özel koşullarını, potansiyellerini ve hedeflerini dikkate alır, böylece makul bir şekilde kendine özel hedefler koymasını ve bu hedeflerin peşinden gitmesine olanak tanır".⁶³⁵ *Loayza Tamayo* davasında, Mahkeme yaşam planına verilen zararın ekonomik bir değerlendirmesini yapmayı reddetmiş ve uluslararası yargı yetkisine erişim ve uluslararası mahkemenin kararının başvuranın tatminine katkıda bulunduğunu belirtmişken, daha sonra *Cantoral Benavides* davasında içtihadını değiştirmiştir. Bu davada, hukuka aykırı olarak tutuklanması dolayısıyla eğitimine devam etmesi engellenen mağdurun yaşam planına verilen zarar dolayısıyla tazminata hükmetmiştir. Mahkeme böylece Devlete, biyoloji eğitimini sürdürmesi için mağdura burs sağlamasını emretmiştir.⁶³⁶ Benzer şekilde, *Barrios Altos davasında* Mahkeme, mağdurlar ve Devlet tarafından yapılan bir anlaşmaya istinaden, Devletin mağdurlara eğitim bursları vermesini, eğitimine devam etmek isteyenlere destek vermesini ve eğitim materyallerini sağlamasını emretmiştir.⁶³⁷

⁶³⁵Loayza Tamayo / Peru (Telafiler), AAİHM, 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 42, para 147.

⁶³⁶Cantoral Benavides v Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 88, para. 60, 80.

⁶³⁷Barrios Altos Case v Peru (Telafiler), AAİHM, 30 Kasım 2001 tarihli karar, Series C No. 87, para 43 ve hüküm para 4.

İnsan hakları ihlallerinin ekonomik sonuçları doğası gereği o kadar çok ve çeşitlilik göstermektedir ki, tazminat amacıyla sınıflandırılmaları çok zordur. Uluslararası içtihat, mağdurların maruz kaldığı gerçek kayıpları tespit etmeye çalışmaktadır. Bunlar çeşitlilik arz etmektedir ve içtihat sürekli evrim içindedir. İçtihat, telafi koşullarını sağladığı sürece, başka bir deyişle, ihlal ile zarar arasında nedensellik ilişkisi bulunduğu sürece, ekonomik olarak değerlendirilebilecek hiçbir zararın tazminat kapsamı dışında bırakılmadığını ortaya koymaktadır.

Maddi zararın varlığı gösterilebildiği sürece, tazminata hükmedilmesi, çoğu zaman kesin rakamları kanıtlamak imkânsız olduğu için, mağdurun kesin miktarlar hakkında ayrıntılı kanıtlar sunup sunamadığına bağlı değildir. Ayrıntılı bilgi bulunmaması halinde, tazminat hakkaniyet esasına göre belirlenmektedir.

Maddi olmayan/manevi zararlar: fiziksel ve psikolojik hasar

Tazminat parasal telafiden ibaret ve 'ekonomik olarak değerlendirilebilir' hasarlar için veriliyor olsa da, bu yalnızca maddi mallara veya diğer ekonomik varlıklara verilen zararlar ile ilgili olduğu anlamına gelmemektedir. Tam aksine, tazminatın temel işlevlerinden biri, bir kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne verilen zararlar için eski hale iadenin mümkün olmadığı dikkate alındığında, bu tür zararları gidermektir. Bu, özellikle ciddi fiziksel zarar, psikolojik hasar ve travmaya neden oldukları için, ağır insan hakları ihlalleri durumunda geçerlidir. Bu hasar bazen tıbbi veya psikolojik tedavi, ilaç vb. maliyetlere yol açtığında "ekonomik olarak kolayca değerlendirilebilir". Ancak, böyle net bir rakam gösterilemediği zaman, karşılaştırmalı hukukta zararın tespiti için kabul edilmiş bir değerlendirme yöntemi olan 'hakkaniyet' temelinde de belirlenebilir. Uluslararası Adalet Divanı'na göre: "Maddi olmayan hasarlar için tazminatın belirlenmesi, kaçınılmaz olarak hakkaniyet düşüncesine dayana-

caktır".⁶³⁸ Ağrı, acı, ıstırap ve sıkıntıdan kaynaklanan zararları ve kişinin itibarına ve onuruna verilen zararları değerlendirmek için genellikle tek yöntem olacaktır. *Janes* Davasında tahkim mahkemesi, "talep edenin bireysel kederinin göz önünde bulundurulması gerektiğini"⁶³⁹ belirtmiş ve *Lusitania* kararında tahkim mahkemesi şöyle demiştir:

"Zihinsel ıstırap, tıpkı fiziksel ıstırap kadar gerçek olan bir olgudur ve aynı standartlara göre ölçülebilirliği kuşkuludur. ... Zihinsel ıstırapın, akıl hastalığının ve bedensel hastalığın gerçekliğinden ve bireye ve onun üretme kabiliyetine verdiği hasar ve zararlı etkilerinden şüphe edilemez. Öyleyse neden bu hasarlar için telafi sağlanmasın?"⁶⁴⁰

Bu tür emsallere dayanarak, Uluslararası Adalet Divanı, hukuka aykırı bir tutuklama ve sınır dışı edilme durumunda, "(mağdurun) maddi olmayan bir hasara maruz kalmasının, hukuka aykırı fiilin kaçınılmaz bir sonucu olduğunu" belirtmiş ve bunun 'özel kanıt' ile ortaya konulmasına gerek olmadığına hükmetmiştir.⁶⁴¹

Bedensel ve zihinsel zararlar için tazminat hakkı yaygın olarak, hatta tazminat miktarını tam olarak belirlemeyen insan hakları organları tarafından bile kabul edilmiştir.

Dolayısıyla, örneğin İnsan Hakları Komitesi, kaybedilen kişilerin akrabalarına tazminat ödenmesini tavsiye etmektedir. Bu gibi durumlarda, bu kişilerin akrabalarının kaybedilmesinin neden olduğu acı ve stres nedeniyle kendilerinin Sözleşme'nin 7. maddesine aykırı muamele teşkil eden zarar gördüklerini kabul etmektedir.⁶⁴²

⁶³⁸Ahmadou Sadio Diallo / Demokratik Kongo Cumhuriyeti (Tazminat), UAD, 19 Haziran 2012 tarihli karar, para 24.

⁶³⁹Laura M.B. Janes et al (ABD) / Birleşik Meksika Devletleri, 16 Kasım 1925 tarihli hüküm, Recueil de sentences arbitrales, Volume IV, p.82, at 89, para 25.

⁶⁴⁰Lusitania Davaları, Karma Talepler Komisyonu, Birleşik Devletler ve Almanya, 1 November 1923, Recueil de sentences arbitrales, Volume VII, p.32, at 36.

⁶⁴¹Ahmadou Sadio Diallo / Demokratik Kongo Cumhuriyeti (Tazminat), UAD 19 Haziran 2012 tarihli karar, para 21.

⁶⁴²Bkz. İnsan Hakları Kararları: Almeida de Quinteros et al / Uruguay, BM Bel

Coronel / Kolombiya davasında, Komite, açıkça akrabalar için 7. maddenin ihlal edildiğini tespit etmemiştir, ancak yine de tazminat almalarını önermiştir, dolaylı olarak psikolojik zarar gördüklerini varsaymıştır.⁶⁴³

BJ / Danimarka davasında, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi "Taraf Devletin, ırk ayrımcılığına maruz kalan mağdurların ekonomik tazminat da dahil olmak üzere, Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca adil ve yeterli tazminat veya tatmin taleplerinin, ayrımcılığın fiziksel olarak herhangi bir zarara yol açmadığı, fakat aşağılanma veya benzeri ıstıraplara neden olduğu durumlarda da gerekli saygı ve özenle ele alınmasını sağlayacak tedbirleri almasını" tavsiye etmiştir.⁶⁴⁴

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, telafiye ilişkin ilk kararlarından bu yana mağdurlara "manevi tazminat" olarak adlandırdığı meblağlara hükmetmektedir ve tazminatı hakkaniyet esasına göre tespit etmektedir.⁶⁴⁵ Bu karardan itibaren içtihat, her zaman tutarlı bir şekilde olmasa da, kayda değer bir gelişme göstermiştir. Mahkemenin hükmettiği tazminatlardan hakkaniyete ilişkin olarak aşağıdaki prensiplerin çıkarılabileceği görülmektedir: Manevi tazminat mağdurlara ve aile üyelerine ödenmektedir (sadece kaybedilme durumlarında değil, aynı zamanda örneğin mağdurun, Sözleşme'ye aykırı olarak hapsedilmesi veya işkenceye tabi tutulması hallerinde de). Aile bağları ne kadar yakınsa, tazminat miktarı da o derece yüksek olacaktır, böylece eşlere, ebeveynlere ve çocuklara normalde kardeşlerden veya diğer aile üyelerinden daha fazla tazminat verilecektir.⁶⁴⁶ Bir diğer önemli özellik de, ağır

CCPR/C/19/D/107/1981 (1983), para. 14, 16; Sarma / Sri Lanka, BM Bel CCPR/C/78/D/950/2000 (2003), para. 9.5, 11.

⁶⁴³Coronel et al / Kolombiya, İnsan Hakları Kararı 778/1997, BM Bel CCPR/C/76/D/778/1997 (2002), para 10.

⁶⁴⁴B.J. / Danimarka, IAOK Komisyonu Karar 17/1999, BM Bel CERD/C/56/D/17/1999 (2000), para 6.2.

⁶⁴⁵Velásquez Rodríguez / Honduras (Zararların Tazmini), AAİHM, 21 Temmuz 1989 tarihli karar, Series C No7, para. 50-52 [manevi zarar] ve para 27 [Hakkaniyet esasına dayanarak].

⁶⁴⁶Loayza Tamayo / Peru 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 42, para. 138-145 [mağdur çocukları ve kardeşlerini değişik tazminatlar]; Villagrán Morales et

ihlal mağdurlarının yakın aile üyelerine, fiili zararı kanıtlamak zorunda kalmadan, manevi tazminata hükmedilmesidir, çünkü mağdurla çok yakın bir ilişki içinde oldukları varsayılmaktadır; bu durum mağdurun ebeveynleri, çocukları, eşleri ve daimi partnerleri için açıktır; kardeşler veya onların bakmakla yükümlü oldukları için içtihat tekdüze değildir: Mahkeme manevi zararlarını bazen kabul etmiş bazen etmemiştir,⁶⁴⁷ ancak son içtihatlarda kardeşlerin manevi zararları da ebeveynlerin ve çocukları gibi varsayı-

el / Guatemala, Sokak çocukları davası (Telafileler) AAİHM, 26 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 77, para 93 [anne ve büyük anneye verilen tazminat kardeşlere verileden daha yüksektir]; Cesti Hurtado / Peru (Telafileler), AAİHM, 31 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 78, para. 54-56 [eşe ve çocuklara manevi zararları için parasal tazminat; baba ve büyük anne için ihlal kararı adil tatmin teşkil eder]; Bámaca Velásquez / Guatemala (Telafileler), AAİHM, 22 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 91, para. 60-67 [mağdura, dul eşine, ebeveynlerine ve kız kardeşlerine farklı tazminatlar]; Trujillo Oroza / Bolivya (Telafileler), AAİHM, 27 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 92, para 89 [mağdura, annesine, evlat edinen babasına, ve erkek kardeşlere farklı miktarlarda tazminat]; Case of Caracazo / Venezüella (Telafileler), AAİHM, 29 Ağustos 2002 tarihli karar, Series C No. 95, para 110 [mağdura ve akrabalarına farklı miktarlarda tazminat cesedi bulunup ailelerine teslim edilemeyen yakınlarla daha yüksek tazminat]; Juan Humberto Sánchez / Honduras, AAİHM, 7 Haziran 2003 tarihli karar, Series C No. 99 [mağdura ve yakınlarına farklı miktarlarda tazminat].

⁶⁴⁷Aloeboetoe et al v Surinam (Telafileler), AAİHM, 10 Eylül 1993 tarihli karar, Series C No. 15, para. 54, 71, 75 [mağdurun yakınları için manevi zarar karnesi; diğer davacılar ve bakımına muhtaç olanlar manevi zararlarını ispat etmelidir]; Garrido and Baigorria / Arjantin (Telafileler), AAİHM, 27 Ağustos 1998 tarihli karar, Series C No. 39, para. 62, 63 [başka bir kanıtı gerek olmadan anneye; erkek kardeşler kaybedilen kişi ile yakın yakın bir ilişkilerinin olduğunu bu nedenle manevi zararlarının ağır olduğunu kanıtlayamamışlardır]; Castillo Páez / Peru (Telafileler), AAİHM 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 43, para. 88, 89 [ebeveynlerin zararı ispatlamasına gerek yoktur; bu davada kız kardeşin manevi zararı ispata dayanmaktadır]; Blake / Guatemala (Telafileler), AAİHM, 22 Ocak 1999 tarihli karar, para 37 [kaybedilen kişinin ebeveynleri, erkek ve kız kardeşleri ispat bakımından farklılık gözetmeksizin]; Panel Blanca / Guatemala (Telafileler), AAİHM, 25 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 76, para. 106-110 [ailenin en yakın üyeleri, yani ebeveynler ve çocuklar herhangi bir ispata gerek olmadan, kardeşler ve baldız mağdur ile çok yakın ilişkisi dolayısıyla].

maktadır.⁶⁴⁸ Mahkeme'nin tazminat vermek için açıkça akrabalarının kendileriyle ilgili insan haklarının ihlal edildiğine karar vermek zorunda olmadığını belirtmek önemlidir.

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu, belirli miktarlara hükmetmese de, Amerikalılar-arası Mahkeme ile benzer içtihadı sahiptir. Raporlarında, yalnızca mağdurlar için değil, aynı zamanda akrabalar için de, özellikle de zorla kaybedilme hallerinde⁶⁴⁹, fakat bununla sınırlı olmaksızın, maruz kaldıkları acı ve stres nedeniyle tazminat ödenmesini önermektedir.⁶⁵⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mağdurlara, acı, sıkıntı veya başka zihinsel veya fiziksel zarar gördükleri durumlarda manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Mağdurların kaybolduğu veya öldüğü durumlarda, Mahkeme mağdurların mirasçılarında manevi tazminat vermiştir.⁶⁵¹ Psikolojik hasarın mağdur tarafından gösterilmesi mutlaka zorunlu değildir, ancak ağır bir ihlalin basit bir gerçeği olarak böyle bir zarar varsayılabilir: *Orhan / Türkiye* veya *Selçuk ve Asker / Türkiye* gibi bazı davalarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "söz konusu ihlallerin ağırlığı"⁶⁵² nedeniyle veya işkence gibi ağır ihlaller söz konusu olduğunda, basit bir şe-

⁶⁴⁸Maritza Urrutia / Guatemala, AAİHM, 27 Kasım 2003 tarihli karar, Series C No. 103, para 169(a), (b) and (c).

⁶⁴⁹Anetro Castillo Pero et al (Peru), AAİHK, Report No. 51/99, Dava 10.471, 13 Nisan 1999, para 151(3).

⁶⁵⁰Samuel Alfonso Catalán Lincoleo (Şili), AAİHK, Report No. 61/01, Case 11.771, 16 April 2001, para 96(3) [aile üyeleri için maddi ve maddi olmayan zararlar, manevi zararlar da dahil,]; Maria Da Penha Maia Fernandes (Brezilya), AAİHK, Report No. 54/01, Dava 12.051, 16 Nisan 2001, para 61(3) [devletin aile içi şiddeti önleyememiş olması dolayısıyla sembolik ve güncel tazminat]; Kişilerin hukuk dışı infaz edilmeleri ve zorla kaybedilmeleri (Peru), AAİHK, Report No. 101/01, Dava 10.247 et al, 11 Ekim 2001, para 253(3); AAİHK, Amayampa, Llallagua ve Capasirca, Kuzey Potosi, Boliviya'da İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Rapor, Aralık 1996, OEA/Ser.L/V/II, Doc 8 rev 1 (1997), para 204.

⁶⁵¹Bkz. İpek / Türkiye, AİHM, 17 Şubat 2004 tarihli karar, para. 237; Aktaş / Türkiye, AİHM, 24 Nisan 2003 tarihli karar, para 361.

⁶⁵²Orhan / Türkiye, AİHM, 18 Haziran 2002 tarihli karar, para 443; Selçuk ve Asker / Türkiye, AİHM, 24 Nisan 1998 tarihli karar, Reports 1998-II, para 118.

kilde ihlalin tespit edilmesi dolayısıyla manevi tazminata hükmetmiştir.⁶⁵³

Akrabalar veya diğer kişilerin mağdur adına talepte bulunmaları halinde tazminata hükmedilmesinin ötesinde, bu kişiler kendi adlarına da tazminat talebinde bulunabilirler. AİHM'nin ifadesiyle, mağdur olmadan AİHS'nin 41. maddesi anlamında bir 'zarar gören taraf' olabilirler.⁶⁵⁴ *Kurt / Türkiye* davasında, AİHM, kaybedilen mağdurun annesinin AİHS'nin 3. maddesinin ihlaline maruz kaldığını ve bu nedenle çektiği acılar için tazminat hakkına sahip olduğunu tespit ederken,⁶⁵⁵ AİHM, bazen kendileri mağdur olmalarına rağmen, mağdurların yakınlarına da tazminat ödenmesine hükmetmektedir. *Aksoy / Türkiye* kararında durum tam da budur. "Mahkeme Zeki Aksoy'un maruz kaldığı son derece ciddi Sözleşme ihlallerini ve bu ihlallerin babası üzerinde yarattığı kuşkusuz olan endişe ve sıkıntıyı dikkate alarak" talep edilen tazminatın tamamının babasına ödenmesine hükmetmiştir.⁶⁵⁶ Diğer davalarda, AİHM, soruşturma yapılmaması veya verimsiz olması dolayısıyla akrabaların, "hayal kırıklığı, sıkıntı ve endişe duyguları" yaşadıklarını belirtmiştir.⁶⁵⁷ Bazı davalarda, AİHM, daha fazla açıklama yapmadan ve muhtemelen soruşturma yapılmaması dolayısıyla manevi acı

⁶⁵³Orhan / Türkiye, AİHM, 18 Haziran 2002 tarihli karar, para 443.

⁶⁵⁴Çakici / Türkiye, AİHM, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, Reports 1999-IV, para 130; Aktaş / Türkiye, AİHM, 24 Nisan 2004 tarihli karar, para 364. Bkz. Yukarıda Bölüm 1 1.1.2. numaralı başlık.

⁶⁵⁵Kurt / Türkiye, AİHM, 25 Mayıs 1998 tarihli karar, Reports 1998-III; para 175; ayrıca bkz. Orhan / Türkiye, AİHM, 18 Haziran 2002 tarihli karar, para 443; Kıbrıs / Türkiye, AİHM, 10 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-IV, para. 156-158; İpek / Türkiye, AİHM, 17 Şubat 2004 tarihli karar, para 238.

⁶⁵⁶Aksoy / Türkiye, AİHM, 18 Aralık 1996 tarihli karar, Reports 1996-VI, para 113.

⁶⁵⁷McKerr / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 181; Shanaghan / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 181; Hugh Jordan / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 170; Kelly / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 164.

çektiklerini varsayarak yakınların "manevi zarara" uğradığını kabul etmiştir.⁶⁵⁸

Yukarıda belirtildiği gibi, tazminat komisyonlarınca özgürlüğün kaybı dolayısıyla pek çok kez tazminata hükmedilmiştir. UHK, bu durumlarda hakemlerin bazen gözaltında geçirilen her gün için belirli bir miktar tazminata hükmettiğine işaret etmektedir. Hukuka aykırı tutuklama ve hapsedmenin, kötü tutma koşullarıyla birleştiği ve özellikle ciddi fiziksel veya psikolojik hasara yol açtığı durumlarda çoğunlukla tazminat miktarı yükseltilmiştir.⁶⁵⁹

Toplu tazminat / telafi

Bazı topluluklar⁶⁶⁰ için toplu tazminat almak önemlidir. Bu, yerli toplulukların kendi topraklarından çıkarılmasına ilişkin 1989 Yerli ve Kabilevi Halklar Sözleşmesi'nin (No. 169) 16/4. maddesinde kabul edilmiştir. Sözleşme, eski topraklarına döndürülmelerinin mümkün olmadığı durumlarda "bu halklara, mümkün olan her durumda, mevcut ihtiyaçlarını karşılamaya ve gelecekteki gelişmelerini sağlamaya uygun, en azından daha önce yaşadıkları topraklarla eşit kalitede ve yasal statüye sahip toprakların sağlanması gerekir. İlgili halkların parasal ya da aynı tazminat tercihinde buldukları durumlarda, uygun teminatlar altında tercihleri doğrultusunda tazmin edilmeleri gerekir" hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm, bireylere değil, halklara tazminat sağlamaktadır.

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu da toplu telafi ihtiyacını kabul etmiştir. Yerli bir topluluğun üyelerinin polisin katılımıyla katledildiği

⁶⁵⁸Ogur / Türkiye, AİHM, 20 Mayıs 1999 tarihli karar, Reports 1999-III, para 98; Mahmut Kaya / Türkiye, AİHM, 28 Mart 2000 tarihli karar, para 139 [mağdurun kardeşi; Aktas / Türkiye, AİHM, 24 Nisan 2003 tarihli karar, para 364: mağdurun kardeşi 'mağdur' olmamasına rağmen Mahkeme onu AİHS m. 41. anlamında 'zarar gören taraf' olarak nitelendirmiştir.

⁶⁵⁹Bkz. Referanslar UHK, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna Dair Maddelerin 30. Maddesine ilişkin Yorumlar, (2001) II(2) Yearbook of the ILC, 36 Maddeye İlişkin Yorum, para 18.

⁶⁶⁰'Kolektif mağdur' kavramı için bakınız Bölüm 2, 2.3 numaralı başlık.

Caloto Katliamı davasında, Amerikalılar-arası Komisyon, Devletin “Kuzey Cauca’daki yerli Paez topluluğu adına sosyal telafilerle ilgili taahhütleri yerine getirmek için gerekli önlemleri almasını” tavsiye etmiştir.⁶⁶¹ Davanın çözümü için oluşturulan bir Komite’nin tavsiyelerine atıfta bulunmuştur, söz konusu Komite şu tavsiyelerde bulunmuştur; “daha hızlı prosedürlerle ve yerel topluluklarla birlikte makul bir süre içerisinde toprakların hukuki durumuna ilişkin [mevcut] anlaşmaların tam olarak uygulanması”;⁶⁶² ve “Caloto katliamının Kuzey Cauca’daki Paez yerli halkının tamamını etkilediğini” ve “Devletin, yerli halkların temel haklarını koruma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerektiği, bunların ilk hakkı olan yaşam hakkının, etnik ve kültürel yeniden üretim hakkı, toprak hakkı ve kendi kaderini tayin hakkı gibi kolektif bir hak olarak anlaşılması gerektiği” sonucuna varmıştır.⁶⁶³

Amerikalılar-arası Mahkeme, her zaman kolektif telafi olarak nitelendirilmeden, tüm toplumun etkilendiği durumlarda, tüm topluma yarar sağlayan bir telafi planının uygun olacağını kabul etmiştir. *Aloeboe / Surinam* davasında, katliamın meydana geldiği köyde, bir okulun ve tıbbi bir dispanserin yeniden açılmasına hükmetmiştir.⁶⁶⁴ *Plan de Sánchez Katliamı davasında*, Devlete eğitim, sağlık, altyapı (içme suyu) ve üretim için beş yıllık bir kalkınma planı kabul etmesini emretmiştir.⁶⁶⁵ *Moiwana Toplumu Davasında*, katliamdan etkilenen mağdurlar “N’djuka kültürünün üyeleri” olduğu için, Amerikalılar-arası Mahkeme, “hükmedilecek bireysel telafilerin, toplumsal tedbirlerle desteklenmesi gerektiğine”,⁶⁶⁶ yani bir

⁶⁶¹“Caloto Massacre” (Kolombiya), AAİHK, Report No. 36/00, Dava 11.10, 13 Nisan 2000, para 75(3).

⁶⁶²Ibid, para 28.

⁶⁶³Ibid, para 23.

⁶⁶⁴Aloeboetoe et al / Surinam (Telafiler), AAİHM, 10 Eylül 1993 tarihli karar, Series C No. 15, para 96.

⁶⁶⁵Case of Plan de Sánchez Massacre (Telafiler), AAİHM, 19 Kasım 2004 tarihli karar, Series C No. 116, paras 109-11.

⁶⁶⁶The Moiwana Community Case, AAİHM, 15 Haziran 2005 tarihli karar, Series

bütün olarak topluluğun yararına bir kalkınma fonu oluşturulması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁶⁷

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesinin, yerli bir topluluğun topraklarına saygı gösterme hakkının ihlal edildiğini tespit ettiği Mayagna (Sumo) Awas Tingni Topluluğu davasında, Mahkeme, "hakkaniyete göre, Devlet'in 12 ay içinde, maddi olmayan zararların telafisi amacıyla, Topluluk ile ortak bir anlaşma yaparak, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu'nun denetiminde, Mayagna (Sumo) Awas Tingni Topluluğunun yararına ortak çıkarlar için iş ve hizmetlerde kullanılmak üzere toplam 50.000 ABD Doları tutarında yatırım yapması gerektiğine", ve "hakkaniyete göre, Devlet'in Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu vasıtasıyla Mayagna (Sumo) Awas Tingni Topluluğu üyelerine, bu topluluk üyeleri ve onların temsilcileri tarafından hem iç işlemlerde hem de Amerikalılar-arası koruma sistemi önündeki uluslararası işlemlerde ortaya çıkan harcama ve maliyetler için toplam tutarı 30.000 ABD Doları olan ödeme yapması gerektiğine" karar vermiştir.⁶⁶⁸ Yerli ve kabilevi topluluklarının atalarının yaşadığı topraklara erişimlerinin ve kullanmalarının engellenmesine ilişkin daha sonraki davalarda, Amerikalılar-arası Mahkeme rutin olarak, Devlet'ten manevi tazminatın bir parçası olarak bir bütün olarak topluluğun yararına temel mal ve hizmetler sunmanın yanı sıra eğitim, konut ve sağlık projelerini finanse etmek için bir kalkınma fonu ve programı oluşturmasını talep etmiştir.⁶⁶⁹

C No. 124, para 194.

⁶⁶⁷Ibid, para 214.

⁶⁶⁸The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community / Nikaragua, AAİHM, 31 Ağustos 2001 tarihli karar, Series C No. 79, hüküm para. 6 ve 7.

⁶⁶⁹The Yakye Axa Indigenous Community Case, AAİHM, 17 Haziran 2005 tarihli karar, Series C No. 125, para 205; The Sawhoyamaya Indigenous Community Case, AAİHM, 29 Mart 2006 tarihli karar, Series C No. 146, para 224; The Saramaka People Case, AAİHM, 28 Kasım 2007 tarihli karar, Series C No. 172, para 201.

The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nijerya davasında Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, Nijerya'daki Ogoni Topluluklarının haklarının, özellikle, halklara servetlerini ve doğal kaynaklarını serbestçe tasarruf etme haklarını güvence altına alan AİHHŞ'nin 21. maddesinin, Hükümetin rızası ile petrol şirketleri tarafından pek çok kez ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁷⁰ Komisyon, hükümetin "Ogoniland halkının çevre, sağlık ve geçim koşullarının korunmasını sağlamak" için, diğerleri arasında, "Ogoni toplulukları ve liderlerine yönelik tüm saldırıları durdurması...", "insan hakları ihlallerinin mağdurlarına yeterli tazminat ödenmesini sağlama-sı ... ve petrol operasyonlarından zarar gören arazi ve nehirlerin kapsamlı bir temizliğini üstlenmesini "(vurgu eklenmiştir) istemiştir.⁶⁷¹ Benzer şekilde, Darfur'daki yoğun insan hakları ihlalleri nedeniyle Sudan aleyhine yapılan başvuruda Afrika Komisyonu, hem bireysel haklarının hem de kolektif gelişme hakkının pek çok ihlalini tespit ettikten sonra, hem bireysel mağdurların hem de daha geniş toplumun yararına, bir dizi iyileştirici önlem tavsiye etmiştir.⁶⁷² *Kevin Mgwanga Gunme et al* (ve diğerleri) davasında Güney Kamerun halkının kolektif haklarının ihlalini tespit etmekten kaçınmasına rağmen, Afrika Komisyonu bir bütün olarak halkın yararı için "Kuzeybatı ve Güneybatı Kamerun da dahil olmak üzere ülke genelinde hakkaniyet temelinde ekonomik sürdürülebilirlik ve bölgesel dengeleri gözeterek ulusal projelerin" uygulanması gibi bir dizi genel önlem önermiştir.⁶⁷³ Endorois kabilesinin atalarının topraklarından sürülmesinin hem bireysel hem de toplu haklarını ihlal ettiğini tespit ettikten sonra Afrika Komisyonu,

⁶⁷⁰The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nijerya, AİHHK Karar 155/96 (2001), paras 55-59.

⁶⁷¹Ibid, tavsiyeler.

⁶⁷²Sudan Human Rights Organisation et al. and Centre on Housing Rights and Evictions / Sudan, AİHHK, Karar 279/03 and 296/05 (2009), para 229.

⁶⁷³Kevin Mgwanga Gunme et al / Kamerun, AİHHK, Karar 266/2003 (2009), para 215(4).

Kenya'nın "uğradıkları tüm zararlar için topluma yeterli tazminat" ödemesini tavsiye etmiştir.⁶⁷⁴ Bu davalar, telafinin hem bireysel hem de kolektif olabileceğini ve yalnızca üyelerine değil, değil tüm topluluğun topraklarına ve hayatlarına verilen zararın göz önüne alınacağını göstermektedir.

Tazminat talepleri ve zaman aşımı

Telafi hakkı konusunda Özel Raportör, Alt Komisyon'a sunduğu nihai raporda, "pek çok insan haklarının ağır ihlali mağduru için, zamanın geçişinin hafifletici bir etkisi olmadığı; aksine, travma sonrası stresin arttığı ve bunun da gerekli tüm maddi, tıbbi, psikolojik ve sosyal yardımın yapılmasını ve uzun bir süre boyunca destek sağlanmasını gerektirdiğini", böylece, zaman aşımının telafi için gerçek bir engel teşkil ettiğini hatırlatmıştır.⁶⁷⁵ Benzer şekilde, Cezasızlığa İlişkin Güncellenmiş BM İlkeleri, zararlarının telafisi için mağdurlar tarafından açılan idari davalarda ve hukuk davalarında zaman aşımının uygulanamayacağını belirtmektedir.⁶⁷⁶ Zorla ve İrade dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, "Medeni tazminat taleplerinin... zaman aşımına tabi olmaması gerektiğinde" ısrarcıdır.⁶⁷⁷ Aynı şekilde, İşkenceye Karşı Komite, işkenceyle ilgili olarak, "zaman aşımı, mağdurları çözümden, tazminattan ve rehabilitasyondan mahrum bıraktığından uygulanmaması gerektiğini" belirtmiştir.⁶⁷⁸

⁶⁷⁴Center for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of the Endorois Welfare Council / Kenya, AİHHK, Karar 276/2003, (2009), tavsiye (c).

⁶⁷⁵Ağır insan hakları ve temel özgürlükler ihlallerinin mağdurlarının eski hale iade, tazminat ve rehabilitasyon haklarına dair Özel Raportör tarafından sunulan nihai rapor, BM Bel E/CN.4/Sub.2/1993/8 (1993), para 135.

⁶⁷⁶Cezasızlıkla mücadele yoluyla insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için ilkeler seti Güncellenmiş İlkeler, BM Bel E/CN.4/2005/102 (2005), İlke 23.

⁶⁷⁷Zorla veya İrade Dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirgenin 19. Maddesine ilişkin Genel Yorumlar, BM Bel E/CN.1/1998/43 (1998), para 73.

⁶⁷⁸İşkenceye Karşı Komite, 14. Maddenin Devletler Tarafından Uygulanmasına İlişkin 3 Nolu Genel Yorum, BM Bel CAT/C/GC/3 (2012), para 40.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'nin 6. maddesi uyarınca medeni hak taleplerinde zaman aşımının meşruiyetini değerlendirmek zorunda kalmıştır. 6. maddenin, mahkemeye erişim hakkının, yani adli konularda bir mahkeme önünde dava açma hakkının bir unsurunu teşkil ettiği "mahkeme hakkı"nı, içerdiğine karar vermiştir. Bu hakkın mutlak bir hak olmamakla birlikte, her türlü sınırlamanın ölçülü olması ve "bireye tanınan erişimin, hakkın özünü zedeleyecek derecede ya da şekilde sınırlandırmaması" gerektiğine karar vermiştir.⁶⁷⁹

Forti / Suarez Mason davası, Bütün İnsanların Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Deklarasyonunun 17/2 maddesini -bu madde cezai kovuşturmalara ilgili olmasına rağmen- anımsatmaktadır. Mağdurlar, Arjantinli bir eski general aleyhine ABD federal mahkemesinde, ABD Yabancı Haksız Fiiller Talep Yasası uyarınca, uluslararası insan hakları hukukunu ihlal eden işkence, keyfi tutuklama ve kaybedilmeler dolayısıyla dava açmışlardır. Mahkeme, geçerli olan zaman aşımı süresinin 1977 ile 1984 yılları arasında davacıların Arjantin mahkemelerine erişimi mümkün olmadığından, 1984-1987 döneminde ise sanık saklandığı için işlemeyeceğine karar vermiştir. Buna dayanarak, davacıların iddiaları zaman aşımına uğramamıştır.⁶⁸⁰ Mağdur için etkili bir çözüm (başvuru yolu) bulunmadığı durumda zaman aşımı süresi işlemez.

Birçok ulusal sistemin, ister medeni hak talepleri isterse cezai kovuşturmalar için zaman aşımını tanımadığı belirtilmelidir.

⁶⁷⁹Stubbings and others / Birleşik Krallık, AİHM, 22 Ekim 1996 tarihli karar, para 50. Ayrıca bkz. Thiermann and Others / Norveç, AİHM, 8 Mart 2007 tarihli Kabul edilebilirlik kararı.

⁶⁸⁰Forti / Suarez Mason, (1987) 672 F. Supp. 1531, Kuzey Kaliforniya Bölgesi, Bölge Mahkemesi.

Uluslararası hukukta zamanaşımı konusunda net bir kural bulunmamasının nedenlerinden biri de budur. Ancak uluslararası hukuk, ağır insan hakları ihlalleri durumunda tazminat talepleri için zamanaşımını açıkça yasaklamamakla birlikte, aslında fiilen telafi elde etme hakları ellerinden alınan mağdurların talepleri için büyük ve yaygın bir engel teşkil ettiği açıktır.

Tazminat talepleri ve yargı dokunulmazlıkları

İnsan hakları ihlallerinden sorumlu Devlet mahkemeleri önünde tazminat davası açılmasına ilişkin zorluklardan ötürü, mağdurlar bazen, başka bir ülkenin yasalarının böyle bir yetki vermesi halinde o ülke mahkemeleri önünde tazminat davası açmayı denebilirler. Örneğin, ABD Yabancı Haksız Fiil Talepleri Yasası, ABD Mahkemelerinin yabancı ülke vatandaşları tarafından Amerika Birleşik Devletleri dışında işlenen "uluslararası hukuka aykırı" fiiller aleyhine açılan hukuk davalarına bakma yetkisini tanımaktadır.⁶⁸¹

Yabancı devletleri, başka bir Devletin sınırları içindeki mahkemelelerin yargı yetkisinden muaf tutan, yabancı devletin yargı dokunulmazlığı kuralı, çoğunlukla bu tür davalara engel olmaktadır. Yabancı ülke dokunulmazlığının haksız fiil veya ticari işlemler⁶⁸² gibi bazı tanınmış istisnaları olmasına rağmen, şu ana kadar hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem de Uluslararası Adalet Divanı, devletlerin, ağır insan hakları hukuku veya uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için yargı dokunulmazlığı hakkına sahip olmadığına karar vermemiştir.

⁶⁸¹Yabancı Haksız Fiil Talepleri Kanunu (Alien Tort Claims Act) (ATCA), 28 U.S.C. §1350.

⁶⁸²Bkz. Özellikle Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlıklarına Dair Sözleşme ve 1972 tarihli Avrupa Devlet Bağımsızlığı Sözleşmesi.

Al-Adsani / Birleşik Krallık davasında başvuran, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir; çünkü İngiliz mahkemeleri, bir kişinin Kuveyt'te gördüğü işkence dolayısıyla BK mahkemele-ri önünde açtığı tazminat davasında Kuveyt'in, devletin yargı dokunulmazlığı argümanını kabul etmişlerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "devlet dokunulmazlığına ilişkin uluslararası kamu hukukunun tanınmış kurallarını yansıtan tedbirlerin, ilke olarak, mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir sınırlama olarak nitelendirilemeyeceğine"⁶⁸³ karar vermiş ve iddia edilen işkence yasağının üstün norm statüsünün, Devlet dokunulmazlığı ilkesine üstün olup olmadığını incelemiştir. İşkence yasağının üstün bir norm statüsüne ulaştığını kabul etmesine rağmen, yargılamayı yapan Devletin sınırları dışında işlendiği iddia edilen işkence dolayısıyla açılan tazminat davalarında devletlerin dokunulmazlık hakkına sahip olmadıklarına dair argümanın uluslararası hukukta henüz kabul edilmediği sonucuna varmıştır.⁶⁸⁴

Bazen yerel mahkemeler, insan hakları ya da uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerine karşı devlete dokunulmazlık vermeyi reddetmektedir. Örneğin, *Ferrini* davasında İtalyan Yargıtay'ı, dava konusu fiillerin uluslararası bir suç teşkil ettiği hallerde, devletin yargı dokunulmazlığının uygulanamayacağına karar vermiştir. Bu nedenle, İtalyan mahkemeleri, *Ferrini*'nin İkinci Dünya Savaşı sırasındaki, uluslararası insancıl hukukun ihlalini teşkil eden sınır dışı edilmesi ve zorla çalıştırılması dolayısıyla açtığı tazminat davasını inceleme konusunda yetki sahibidir.⁶⁸⁵ Almanya, İtalya'nın kendi mahkemelerinde Almanya aleyhine hukuk davası açılmasına izin vermek suretiyle Almanya'nın uluslararası hukuka göre sahip olduğu yargı dokunulmazlıklarını ihlal ettiği gerekçesiyle 2008'de Uluslararası Adalet Divanı'nda İtalya aleyhine dava açmıştır. Uluslararası Adalet Divanı 2012 yılında verdiği kararında

⁶⁸³*Al-Adsani / Birleşik Krallık*, AİHM Büyük Daire, 21 Kasım 2001 tarihli karar, para 56.

⁶⁸⁴*Ibid*, para 66. Ayrıca bkz. *Kalogeropoulou and others / Yunanistan ve Almanya*, AİHM, 12 Aralık 2002 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

⁶⁸⁵*Ferrini / Federal Almanya Cumhuriyeti*, Karar No. 5044/2004, (2004) 128 *International Law Reports* 658. Devlet bağımsızlığını tanımayı reddeden başka bir yerel mahkeme kararı örneği için bkz. *Prefecture of Voiotia / Federal Almanya Cumhuriyeti*, Dava No. 11/2000, (2000) 129 *International Law Reports* 513.

"uluslararası teamül hukukunun halen yürürlükte olduğu haliyle, bir devletin, uluslararası insan hakları hukuku veya uluslararası silahlı çatışma hukukunun ciddi ihlalleri ile suçlanması nedeniyle dokunulmazlıktan yoksun bırakılmadığını" belirtmiştir.⁶⁸⁶ Ayrıca, söz konusu ihlallerin üstün normlarla ilgili olduğu varsayılsa bile, "Devlet dokunulmazlığına ilişkin uluslararası teamül hukukunun uygulanabilirliği etkilenmemektedir".⁶⁸⁷

Sonuç olarak, farklı insan hakları organları tarafından hükmedilen miktarların oldukça farklılık arz etmesi dolayısıyla, uluslararası insan hakları hukukunda ve içtihadta tazminat miktarına ilişkin yol gösterici ilkeler bulmak zordur.⁶⁸⁸ Ancak, tazminat hakkının uluslararası hukukta bireysel bir hak olduğu şüphesizdir. Tazminat miktarının belirlenmesi her zaman uluslararası kurallara göre yapılmalıdır, asla ulusal kurallara göre yapılmamalıdır. *Ciorap / Moldova* (No 2) başvurusunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal düzeyde verilecek tazminat miktarının, en azından, normal olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen tazminat miktarına dayanması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Başvuran Avrupa Sözleşmesi anlamında hala mağdurdur, çünkü, diğerlerinin yanı sıra, aldığı tazminat, "genel olarak AİHM tarafından verilen asgari miktarın oldukça altındadır".⁶⁸⁹ Tazminat miktarını belirlemek için, hakkaniyet kavramlarına başvurmak çoğu zaman gerekli olacaktır. Yine *Lusitania* davasındaki tazminat hükmüne atıf yapılabilir:

"Kişisel yaralanma veya ölüm dolayısıyla açılanlar da dahil olmak üzere birçok haksız fiil davasında, ortaya çıkan zararı matematiksel olarak veya herhangi bir doğruluk derecesinde veya herhangi bir kesin formüle dayanarak hesaplamak açıkça imkansızdır. Ancak bu, hiçbir şekilde failin verdiği zararı gidermekten kurtulmasına ya da zarara uğrayan kişinin telafi elde etmesini engellemeye neden olamaz, bu nedenle insan dehasının ortaya

⁶⁸⁶Jurisdictional Immunities of the State (/Almanya / İtalya: Yunanistan müdahil), UAD, 3 Şubat 2012 tarihli karar, para 91.

⁶⁸⁷Ibid, para 97.

⁶⁸⁸UHK, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna Dair Maddelerin 30. Maddesine ilişkin Yorumlar, (2001) II(2) Yearbook of the ILC, 36 Maddeye İlişkin Yorum, para 20.

⁶⁸⁹Ciorap / Moldova (No. 2), AİHM, 20 Temmuz 2010 tarihli karar, para 24.

koyabileceği yaklaşık doğruluktaki kurallarla ölçülmelidir. Bu tür bir telafinin reddi, her hak ihlali için bir çözüm olması gerektiği yönündeki temel ilkenin inkârı anlamına gelecektir.”⁶⁹⁰

Tazminatın yalnızca kazanç kaybı veya diğer finansal zararlar gibi doğrudan ekonomik olarak değerlendirilebilecek zararları kapsamaması gerektiği tespit edilebilir.

- Tazminat ayrıca fiziksel veya zihinsel ıstırap için mali telafiyi de kapsamalıdır. Bu hasar ekonomik olarak ölçülebilir olmadığından, değerlendirme hakkaniyete göre yapılmalıdır.
- İhlallerin belirli manevi veya psikolojik etkilerine dair kanıt sağlamak zor olduğundan, işkence, kötü muamele, yasadışı cinayet veya kaybedilme gibi ağır insan hakları ihlallerinin bir sonucu olarak psikolojik zararın her zaman varsayılması gerekir.
- Tazminat talep edebilecek kişilerin sayısını sınırlandırmak için, (ebeveynleri, çocukları ve kardeşleri içermesi gereken) yakın akrabalar dışındaki kişilerin zararını göstermeleri gerekebilir. Bununla birlikte, burada yine, manevi zararın gösterilmesi zor olacaktır, böylece tazminat talep etme koşullarının yerine getirilmesi imkansız olmamalıdır.

7.3. Rehabilitasyon

Rehabilitasyon birçok evrensel anlaşma ve beyannameye güvence altına alınmıştır. Özellikle, İşkenceye Karşı Sözleşmenin 14/1. maddesinde “her Taraf Devletin kendi hukuk sisteminde, bir işkence fiilinin mağdurlarının düzeltim elde etmesini ve mümkün olduğu ölçüde tam rehabilitasyon için gerekli araçlar dahil olmak üzere uygulanabilir, adil ve yeterli tazminat hakkına sahip olmasını sağlar” hükmü yer almaktadır. ÇHS’nin, 39. maddesi “Taraf Devletlerin, bir çocuk mağdurun fiziksel ve psikolojik iyileşmesini

⁶⁹⁰Lusitania Davaları, Karma Talepler Komisyonu, Birleşik Devletler ve Almanya, 1 Kasım 1923, Recueil de sentences arbitrales, Volume VII, p.32, at 36.

ve sosyal olarak yeniden entegrasyonunu sağlamak için tüm uygun önlemleri almaları gerektiğini” belirtmektedir.⁶⁹¹

Rehabilitasyon önlemleri genellikle tazminat hükmü kapsamında değerlendirilmektedir ve yetkililerin doğrudan rehabilitasyon önlemleri almasını gerektiren bulgular ile rehabilitasyon önlemleri için devletin tazminat ödemesini gerektiren bulgular arasında bir örtüşme vardır. Çoğunlukla basitçe Devletin rehabilitasyon masraflarını tazmin etmesi istenir. Bu, “mümkün olduğu ölçüde tam rehabilitasyon için gerekli araçlar da dahil olmak üzere tazminata ...” atf yapan, İKS'nin 14. maddesinde yansıtılmaktadır. Bu anlamda, İşkence Özel Raportörü, Devletlerin “mümkün olan en iyi rehabilitasyon için gerekli araçlar da dahil olmak üzere adil ve yeterli tazminat” sağlamasını önermektedir.⁶⁹² Özel Raportör ayrıca, Devletlere “işkence mağdurlarına mümkün olan en iyi şekilde rehabilitasyon imkânı tanınmasını sağlamak için kendi ülkelerinde bulunabilecek rehabilitasyon merkezlerini desteklemeye ve yardım etmeye” teşvik eder.⁶⁹³ Benzer şekilde, İnsan Hakları Komitesi, Devletlerin mağdurlara gerekli tıbbi yardımı sağlamak zorunda olduklarına karar vermektedir.⁶⁹⁴ İşkenceye Karşı Komite, işkence mağdurları için rehabilitasyon önlemleri önermiştir.⁶⁹⁵ Kadına Karşı

⁶⁹¹Ayrıca şu belgelerde de rehabilitasyondan söz edilmektedir: Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, Madde 75; Uluslararası Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Kaçakçılığının, Özellikle Kadın ve Çocuk Kaçakçılığının Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılmasına Dair Protokol, Madde 6(3); Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge Madde 19; Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge, Madde 4(g); Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri Bildirgesi, İlkeler 114-17.

⁶⁹²İşkence Özel Raportörünün Raporu, BM Bel E/CN.4/2003/68 (2002), para 26(l).

⁶⁹³İşkence Özel Raportörünün Raporu, BM Bel A/54/426 (1999), para 50.

⁶⁹⁴Bkz. İnsan Hakları Komitesi Kararları: Raul Sendic Antonaccio / Uruguay, BM Bel CCPR/C/14/D/63/1979 (1981), para 21; Elena Beatriz Vasilskis / Uruguay, BM Bel CCPR/C/18/D/80/1980 (1983), para 12; Gustavo Raul Larrosa Bequio / Uruguay, BM Bel CCPR/C/18/D/88/1981 (1983), para 13. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Meksika, BM Bel CCPR/C/79/Add.109 (1999), para 15.

⁶⁹⁵Bkz. İşkenceye Karşı Komite Sonuçlar ve Tavsiyeler: Brezilya, BM Bel A/56/44

Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, Kadına Yönelik Şiddete İlişkin 19 Nolu Genel Tavsiyesinde rehabilitasyona yer vermiştir.⁶⁹⁶ Zorla veya İrade dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, rehabilitasyonu diğerlerinin yanı sıra, "herhangi bir fiziksel veya zihinsel hasar için tıbbi bakım ve rehabilitasyon" şeklinde anlamaktadır.⁶⁹⁷

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, tazminat hükümlerinde tıbbi yardıma atıf yapmaktadır. Ancak, bazen, daha doğrudan rehabilitasyon önlemlerine atıfta bulunur. Bu nedenle, *Aloeboetoe Davasında* Mahkeme, ağır insan hakları ihlallerinden etkilenen bir köyde tıbbi bir dispanserin yeniden açılmasını emretmiştir.⁶⁹⁸ *Plan de Sánchez Katliamı* davasında, Devlete mağdurlara ücretsiz tıbbi yardım ve ilaç vermesini ve ücretsiz olarak psikolojik ve psikiyatrik bir tedavi programı oluşturmasını emretmiştir.⁶⁹⁹

Rehabilitasyonun sadece fiziksel veya psikolojik hasarlarla ilgili olmadığı unutulmamalıdır. Rehabilitasyon aynı zamanda sosyal nitelikte de olabilir. Mağdurlar, onurlarının, sosyal durumlarının, yasal durumlarının ve mesleki durumlarının rehabilitasyonu hakkına sahiptir.⁷⁰⁰ İşkenceye Karşı Komite, İşkenceye Karşı Sözleşmenin 14. maddesi ile ilgili 3 No'lu Genel Yorumunda, mağdurlara yönelik rehabilitasyonun mümkün olduğunca bağımsız fiziksel, zihin-

(2001), para. 115-120, para 120(f); Zambiya, BM Bel CAT/C/XXVII/Concl.4 (2001), para 8(g); Endonezya, BM Bel CAT/C/XXVII/Concl.3 (2001), para 10(n); Türkiye, BM Bel CAT/C/CR/30/5 (2003), para 7(h); Kamboçya, BM Bel CAT/C/CR/30/2 (2003), para 7(k).

⁶⁹⁶CEDAW Komitesi, Kadına Karşı Şiddete ilişkin Genel Tavsiye 19, BM Bel A/47/38 (1992), para 24(a), (b).

⁶⁹⁷Zorla veya İrade Dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirgenin 19. Maddesine ilişkin Genel Yorumlar, BM Bel E/CN.1/1998/43 (1998), para 75.

⁶⁹⁸Aloeboetoe et al / Surinam (Telafiler), AAİHM, 10 Eylül 1993 tarihli karar, Series C No. 15, para 96.

⁶⁹⁹Case of Plan de Sánchez Massacre (Telafiler), AAİHM, 19 Kasım 2004 tarihli karar, Series C No. 116, para. 106-108, 117.

⁷⁰⁰Zorla veya İrade Dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirgenin 19. Maddesine ilişkin Genel Yorumlar, BM Bel E/CN.1/1998/43 (1998), para 75, 'hukuki ve sosyal' rehabilitasyondan söz etmektedir.

sel, sosyal ve mesleki yeteneklerini geri kazanmayı ve topluma tam olarak dahil olmalarını ve katılımlarını amaçlaması gerektiğini vurgulamıştır. Komite ayrıca rehabilitasyonun, bireyin ihtiyaçlarının bağımsız, bütünsel ve profesyonel bir değerlendirmesine dayanan ve mağdur için özel olması gerektiğini ve mağdurun hizmet sağlayıcıların seçimine katılımının sağlanması gerektiğini vurgulamıştır. Komite, mümkün olduğunca tam rehabilitasyon için araçlar sağlama yükümlülüğünün ertelenemeyebileceğini ve Devletin mevcut kaynaklarına bağlı olmadığını açıklığa kavuşturmuştur. Rehabilitasyon, tıbbi ve psikolojik bakımın yanı sıra hukuki ve sosyal hizmetler, toplum ve aile odaklı yardım ve hizmetler; mesleki eğitim ve öğretim gibi geniş bir disiplinler arası hizmetler kategorisi içermelidir.⁷⁰¹ Adli sicillerin düzeltilmesi veya hukuk dışı mahkumiyetlerin geçersiz kılınması yoluyla hukuki rehabilitasyon gibi bu önlemlerden bazıları yukarıda "eski hale iade" başlığı altında belirtilmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi, bu önlemler genellikle birden fazla kategoriye girer.

7.4 Tatmin

Maddi olmayan zararlar için tazminat, bedensel veya zihinsel acı, sıkıntı, itibar veya onura verilen hasar veya diğer manevi zararlar için parasal bir telafi yöntemi iken, tatmin ise manevi zararlar ve itibar ve onura yönelik hasarlar için farklı, parasal olmayan bir telafi şeklidir. Tatmin önlemleri Uluslararası Adalet Divanı tarafından tanınmıştır. Örneğin, *Korfu Kanalı Davasına* ilişkin kararında, kendi bildirisinin tek başına bir adil tatmin teşkil ettiğine karar vermiştir.⁷⁰²

Yargı kararları yoluyla tatmin

Birçok davada, uluslararası mahkemeler, bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin hukuki yetkisine dayanarak mağdurun insan haklarının ihlal edildiğini açıklaması dolayısıyla, ihlal kararının kendisinin

⁷⁰¹İşkenceye Karşı Komite, 14. Maddenin Devletler Tarafından Uygulanmasına İlişkin 3 Nolu Genel Yorum, BM Bel CAT/C/GC/3 (2012), para. 11-15.

⁷⁰²Corfu Kanalı Davası (Esas), (1948) UAD, Reports 1, at 35.

başlı başına tatmin teşkil ettiğine karar vermişlerdir.⁷⁰³ Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı, Soykırım Sözleşmesi Davasında başvuran Bosna'nın, tatmin (tazminat değil) şeklinde telafi hakkına sahip olduğuna karar vermiştir. Bosna'nın kendisinin böyle bir öneride bulunduğu dikkat çeken Mahkeme, kendi kararında Sırbistan'ın soykırımı önleme yükümlülüğünü ihlal ettiğini açıklamasının aslında, Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin ihlali için uygun bir tatmin teşkil ettiğini belirtmiştir.⁷⁰⁴

Bununla birlikte, Amerikalılar-arası Mahkeme, ağır insan hakları ihlalleri durumunda, tek başına bir kararın uygun telafi oluşturmak için yeterli olmadığı; bu tür ihlallerde tazminat ödenmesi gerektiği görüşündedir.⁷⁰⁵ Ağır insan hakları ihlallerinde, yalnızca bir Mahkeme tarafından yapılan açıklama genellikle mağdura adalet sağlayamayacaktır.⁷⁰⁶

⁷⁰³Bkz: Golder / Birleşik Krallık, AİHM, 21 Şubat 1975 tarihli karar, Series A No. 18, para 46; Oçalan / Türkiye, AİHM, 12 Mart 2003 tarihli karar, para 250; AAİHM: Cesti Hurtado Case (Telafiler), AİHM, 31 May 2001 tarihli karar, Series C No. 78, para 59 [mağdurun itibarı ve onuruna ilişkin olarak kararın kendisi yeterli tatmin teşkil eder].

⁷⁰⁴Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin Uygulanması (Bosna Hersek / Sırbistan ve Karadağ), UAD 26 Şubat 2007 tarihli karar, para. 463, 465, ve 471(9). Mahkeme 471(8) paragrafta soykırımın cezalandırılmamasından kaynaklanan ihlalle ilgili olarak ayrı bir telafiye hükmetmiştir.

⁷⁰⁵El Amparo / Venezüella (Telafiler), AAİHM, 14 Eylül 1996 tarihli karar, Series C No. 28, para 35; Neira Alegría et al / Peru (Telafiler), AAİHM 19 Eylül 1996 tarihli karar, Series C No. 29, para 56; Castillo Páez / Peru (Telafiler), AAİHM 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 43, para 84; Blake / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Ocak 1999 tarihli karar, para 55; Panel Blanca Case / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 25 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 76, para 105.

⁷⁰⁶Villagrán Morales et al / Guatemala, Sokak çocukları davası (Telafiler), AAİHM, 26 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 77, para 88; The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community / Nikaragua, AAİHM, 31 Ağustos 2001 tarihli karar, Series C No. 79, para 166; Cantoral Benavides / Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 88, para 79; Bámaca Velásquez / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 91, para 84.

Özür, resmen tanıma (kamusal kabul) ve sorumluluğun kabulü

Telafinin en önemli biçimlerinden biri gerçeğin, fakat aynı zamanda sorumluluğun ve hatanın, araştırılması ve kabulüdür. Bu anlamda, aslında kaçınılmaz olarak soruşturma yapılmasını isteme hakkı ve hakikati öğrenme hakkı ile bağlantılıdır. Telafiye İlişkin BM İlkeleri, tatmin tedbirlerini, “olayların doğrulanması ve açıklama, mağdura daha fazla zarar vermediği ya da mağdurun, yakınlarının, tanıkların ya da mağdura yardım etmek için sürece dahil olanların güvenliğini tehdit etmediği, ya da yeni ihlalleri önlemek için gerekli olmadığı sürece, hakikatin tam ve eksiksiz olarak kamuya açıklanması” “kaybedilen kişilerin nerede olduğunun, kaçırılan çocukların kimliklerinin, öldürülenlerin cesetlerinin, araştırılması, ve cesetlerin bulunması, kimliklerinin tespit edilmesi mağdurların açıklanmış ya da varsayılan dilekleri doğrultusunda veya ailelerinin ve toplumun kültürel geleneklerine göre gömülmesi”; “gerçeklerin itiraf edilmesi ve sorumluluğun kabulü de dahil olmak üzere kamusal özür” ve “uluslararası insan hakları ve insancıl hukuk eğitimi ve her kademedeki eğitim materyallerinde meydana gelen ihlallerin doğru bir şekilde açıklanması” olarak sıralamaktadır.⁷⁰⁷ Hakikatin, araştırılması, kabul edilmesi ve açıklanması ve sorumluluğun üstlenilmesi gerçekten de manevi, parasal olmayan telafi biçimleri, bu nedenle de tatmin biçimleridir. Benzer şekilde, ihlalin faillerinin cezalandırılması da bir tatmin şeklidir.⁷⁰⁸

Soruşturma yapılmasını isteme ve hakikati öğrenme hakkının ötesinde, resmi tanıma, özür ve sorumluluğun kabul edilmesi önemli telafi yöntemleridir. Bu doğrultuda, Cezasızlığa İlişkin Güncellenmiş BM İlkeleri, hakikat komisyonlarının nihai raporlarının bütünüyle kamuya açıklanmasını tavsiye etmektedir.⁷⁰⁹ Benzer şekilde, BM İnsan Hakları Komisyonu’nun cezasızlık konusundaki

⁷⁰⁷Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, İlke 22(b), (c), (e), (h).

⁷⁰⁸Ibid, İlke 24(f).

⁷⁰⁹Ibid, İlke13.

kararları, "insan hakları ihlallerinin mağdurları için, çektikleri acıların ve işbirlikçileri de dahil olmak üzere ihlallerin faillerine ilişkin hakikatlerin kamuoyunca bilinmesi, rehabilitasyon ve uzlaşmaya yönelik önemli adımlar olduğunu" kabul etmektedir.⁷¹⁰

İnsan Hakları Komitesi,⁷¹¹ Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu⁷¹² ve Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi⁷¹³ gibi uluslararası mahkemeler ve organlar, Devletlerden kararlarını kamuoyuna açıklamalarını talep etmektedirler. Bir uygulama meselesi olarak Amerikalılar-arası Mahkeme, kendi kararlarının ilgili ülkenin resmî gazetesinde yayınlanmasını emretmekte⁷¹⁴ ve ilgili davalarda kararın, en çok etkilenen kişinin diline (örneğin, Guatemala'daki Maya topluluklarına karşı yapılan katliam ile ilgili kararın Maya diline) çevrilmesini talep etmektedir.⁷¹⁵

⁷¹⁰İnsan Hakları Komisyonu Kararları: 2001/70, para 8; 2002/79, para 9; 2003/72, para 8.

⁷¹¹Bkz. İnsan Hakları Komitesi Kararları: Félix Enrique Chira Vargas-Machuca / Peru, BM Bel CCPR/C/75/D/906/2000 (2002), para 10; Sarma / Sri Lanka, BM Bel CCPR/C/78/D/950/2000 (2003), para 12; Busyo / Demokratik Kongo Cumhuriyeti, BM Bel UN Doc CCPR/C/78/D/933/2000 (2003), para 6.3; Nyekuma Kopita Toro Gedumbe / Demokratik Kongo Cumhuriyeti, BM Bel UN Doc CCPR/C/75/D/641/1995 (1997), para 6.3.

⁷¹²Krishna Achuthan on behalf of Aleka Banda, Amnesty International on behalf of Orton and Vera Chirwa / Malawi, AİHHK Kararlar 64/92, 68/92 ve 78/92 (1994), para 18.

⁷¹³Trujillo Oroza / Bolivya (Telafiler), AAİHM, 27 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 92, para 119; Barrios Altos Case / Peru (Telafiler), AAİHM, 30 Kasım 2001 tarihli karar, Series C No. 87, para 44 (d) ve hüküm para 5(d); Cantoral Benavides / Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 88, para 79; Durand and Ugarte / Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 89, para 39(a) ve hüküm para 3(a); Bámaca Velásquez / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 91, para 84; Caracazo Case / Venezüella (Telafiler), AAİHM, 29 Ağustos, 2002 tarihli karar, Series C No. 95, para 128; Juan Humberto Sánchez / Honduras, AAİHM, 7 Haziran 2003 tarihli karar, Series C No. 102, para 188.

⁷¹⁴Ibid.

⁷¹⁵Case of Plan de Sánchez Massacre (Telafiler), AAİHM, 19 Kasım 2004 tarihli karar, Series C No. 116, para 102.

Sadece gerçeklerin tespit edilmesi ve yayınlanmasının ötesinde, özür dileme ve sorumluluğun tanınması -diğer bir deyişle, bu gerçeklerin tanınması etik açıdan nötr bir durum değildir- tatminin önemli bir parçasıdır. Bu, böyle bir sorumluluğun tanınmasını ve kamusal özür dilenmesini emretmiş olan Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir.⁷¹⁶ Özür aynı zamanda bir kişinin onurunu, itibarını veya saygınlığını yeniden geri vermeyi de içerebilir.⁷¹⁷

Kamusal anma

Mağdurlara tatmin tedbiri sağlayacak telafinin başka bir önemli boyutu kamusal anmadır. Bu, özellikle grupların haklarının ihlal edildiği veya bazen ayrı ayrı belirlenemeyen çok sayıda insanın haklarının ihlali durumunda ya da geçmişte uzun zaman önce meydana gelen ihlallerde önemlidir. Bu davalarda kamusal anma, sembolik bir değere sahiptir ve mevcut ve aynı zamanda gelecek nesiller için bir telafi tedbiridir. Örneğin, Amerikalılar-arası Mahkeme, bazı bireysel davalarda bir caddeye ve eğitim merkezine⁷¹⁸ mağdurların adını verme veya halka açık bir anıtı mağ-

⁷¹⁶Barrios Altos Case / Peru (Telafiler), AAİHM, 30 Kasım 2001 tarihli karar, Series C No. 87, para 44(e) ve hüküm para 5(e); Cantoral Benavides / Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 88, para 81; Durand and Ugarte / Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001, Series C No. 89, para 39(b) ve hüküm para 4(b); Bámaca Velásquez / Guatemala (Telafiler), AAİHM 22 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 91, para 84; Juan Humaberto Sánchez / Honduras, AAİHM, 7 Haziran 2003 tarihli karar, Series C No. 99, para 188; Case of Plan de Sánchez Massacre (Telafiler), AAİHM, 19 Kasım 2004 tarihli karar, Series C No. 116, para 100.

⁷¹⁷Cesti Hurtado / Peru (Telafiler), AAİHM, 31 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 78, para 59 [Kararın kendisi mağdurun itibarı ve onuruna ilişkin olarak yeterli tatmin teşkil eder]; Case of Plan de Sánchez Massacre (Telafiler), AAİHM, 19 Kasım 2004 tarihli karar, Series C No. 116, para 101; Rodolfo Robles Espinoza and sons (Peru), AAİHK, Report No. 20/99, Dava 11.317, 23 Şubat 1999, para 176(1)-(2) [Bir karalama kampanyasının ardından Orgeneralin itibarının ve onurunun iadesi].

⁷¹⁸Villagrán Morales et el / Guatemala, Sokak çocukları davası (Telafiler), AAİHM, 26 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 77, para 103; Trujillo Oroza / Bolivya

durlara adamak⁷¹⁹ gibi kamusal anma tedbirlerine hükmetmiştir. Alt-Komisyondun Cezasızlık konusunda Özel Raportörü de bu tür kamusal anma tedbirlerini tavsiye etmiştir.⁷²⁰

Özet

Uluslararası kamu hukukunda farklı telafi biçimleri bir süredir tanınmakla birlikte, insan hakları hukuku telafi terminolojisi konusunda belli ölçüde kararsızdır. Bununla birlikte, telafiye ilişkin anlaşmaların ve diğer normların yorumu, birçok kavramı netleştirmiştir. Artık günümüzde insan hakları ihlali mağdurlarının eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon ve tatmin haklarına sahip olduğu konusunda şüphe yoktur. Uluslararası içtihat, her zaman terminolojide olmasa da, mağdurlara tanınan haklar konusunda özünde örtüşmektedir.

Uğranılan maddi ve manevi zararlar için mümkün olan en fazla telafiyi sağlamak için farklı telafi şekilleri birbirini tamamlayıcı nitelikte olmalıdır:

- Eski hale iade, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırdığı için ideal bir telafi şeklidir. Ancak, çoğu zaman mümkün değildir ve başka telafi şekillerine başvurulmalıdır.
- Tazminat, fiilen maruz kalınan maddi zararlara dayanmalıdır; aynı zamanda hakkaniyet temelinde değerlendirilmesi gereken manevi zararlar için de çare sağlamalıdır.
- Rehabilitasyon, mağdura ihlalin verdiği zararın üstesinden gelmek için fiziksel ve zihinsel olarak yardım etmelidir.
- Tatmin, bir kişinin onurunu, zihinsel iyiliğini ve itibarını geri kazanmasına yardımcı olmalıdır.

Kanıtlar eksik olduğu için, zararın değerlendirilmesi her zaman kolay olmamakla birlikte, uluslararası içtihat hukuku, bunun taz-

(Telafiler), AAİHM, 27 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 92, para 122.

⁷¹⁹Barrios Altos Case / Peru (Telafiler), AAİHM, 30 Kasım 2001 tarihli karar, Series C No. 87, para 44(f) ve hüküm para 5(f).

⁷²⁰(Medeni ve Siyasi) İnsan hakları ihlali faillerinin cezasızlığına ilişkin Özel Raportörün Raporu, BM Bel E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (1997), para 17.

minat verilmesi için bir engel teşkil etmediğini açıkça ortaya koymuştur. Ağır bir insan hakları ihlalinin bir kişiyi maddi veya manevi olarak etkilenmemiş olması pek mümkün olmadığından, ihlalden dolayı zarar varsayılabilir. Parasal tazminat söz konusu olduğunda, genellikle hakkaniyet temelinde belirlenmesi zorunlu olmaktadır.

Mağdurların yakınları veya diğer kişi veya gruplar, aynı şekilde, mağdur adına veya kendileri maddi veya manevi zarara uğradıkları takdirde kendi adlarına bu farklı telafi biçimlerine hükmedilmemesini isteme hakkına sahip olabilirler.

8. Soruşturma ve Cezalandırma Yükümlülüğü

... İnsan haklarının ağır şekilde ihlal edilmesinin faillerinin cezasız kalması ile mağdurlara ve ailelerine veya bakmakla yükümlü oldukları kişilere adil ve yeterli tazminat sağlanamaması arasında açık bağlantı olduğu göz ardı edilemez. Cezasızlığın yasalarca korunduğu veya insan haklarının ağır ihlallerinden sorumlu olan kişilerin fiilen cezasız kalmasının yaygın olduğu pek çok durumda, mağdurların telafi ve giderim elde etmeleri etkili bir şekilde engellenmiştir. Aslında, Devlet makamları olayları soruşturmakta ve cezai sorumluluğu tesis etmekte başarısız olursa, mağdurların veya yakınlarının adil ve yeterli telafi elde etmek amacıyla etkili bir şekilde yasal işlemler yürütmeleri çok zorlaşmaktadır.⁷²¹

İnsan hakları ihlallerini kovuşturma ve cezalandırma konusundaki uluslararası yükümlülük, en azından uluslararası insan hakları rejiminden daha önce gelen diplomatik korumayla ilgili uluslararası hukuk döneminden beri mevcuttur. Bu, *İspanyol Fası (Spanish Morocco)* davasında Max Huber'in kullandığı meşhur özdeyişte gösterilmiştir; suçluları takip ederken gerekli özeni göstermediği zaman Devlet adaleti reddetmekten sorumlu tutulabilir demiştir.⁷²² Aynı şekilde, *Janes davasında*,⁷²³ Amerika Birleşik Devletleri, Amerikan vatandaşı olan Bay Janes'in yakınları adına Meksika'nın katilini yakalamamasına dayanarak bir talepte bulunmuştur. Talep Komisyonu, tazminat hükmünü, katilin cezalandırılmamasından kaynaklanan aşağılanmanın akrabalarına verdiği hasara dayandırmıştır.⁷²⁴

⁷²¹Ağır insan hakları ve temel özgürlükler ihlallerinin mağdurları için eski hale iade, tazminat ve rehabilitasyon haklarına ilişkin çalışma, BM Bel E/CN.4/Sub.2/8 (1993), paras 126-127.

⁷²²Affaires des biens britanniques au Maroc Espagnol (İspanya/ Birleşik Krallık), Sentence du 1er mai 1925, Recueil de sentences arbitrales, Volume II, p 615, at 645.

⁷²³Laura M.B. Janes et al (ABD) / Meksika Birleşik Devletleri, 16 Kasım 1925 tarihli hüküm, Recueil de sentences arbitrales, Volume IV, p 82.

⁷²⁴Ibid.

Kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü genellikle mağdurların "adalet hakkının"⁷²⁵ karşılığı ve cezasızlıkla mücadele yükümlülüğünde Devletin temel bir ödevi olarak tanımlanmaktadır. Cezasızlık kavramının birkaç tanımı vardır. Amerikalılar-arası Mahkemenin içtihatlarında cezasızlığın bir tanımı kullanılmaktadır. Mahkeme cezasızlığı "cezasızlığın insan hakları ihlallerinin tekrarlamasını kronik hale getirmesi ve mağdurları ve yakınlarını tamamen savunmasız duruma sokması nedeniyle Devletin, cezasızlıkla mücadele etmek için elindeki tüm yasal araçları kullanma yükümlülüğüne sahip olduğu anlayışıyla Amerikan Sözleşmesi tarafından korunan hakların ihlal edilmesinden sorumlu olanların hiçbir şekilde soruşturulmaması, kovuşturulmaması, yakalanmaması, yargılanmaması ve mahkum edilmemesi" olarak tanımlamaktadır.⁷²⁶ Bir diğeri ise cezasızlık Özel Raportörü tarafından kullanılmaktadır ve şöyledir: "Cezasızlık, insan hakları ihlali faillerinin suçlanmalarına, tutuklanmalarına, ya da yargılandıkları ve suçlu buldukları takdirde mahkum edilmelerine ve mağdurlara telafi sağlamalarına yol açabilecek herhangi bir soruşturmaya tabi tutulmamaları dolaısıyla fiilen veya hukuken -ister cezai, isterse hukuki, idari veya disiplin kovuşturmalarında olsun- sorumlu tutma imkanının olmamasıdır."⁷²⁷ Ciddi insan hakları ihlallerinde cezasızlığın ortadan kaldırılmasına ilişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkelerinde "Cezasızlık, ciddi insan hakları ihlallerine neden olan eylemlerden sorumlu olan kişilerin sorumlu tutulmaması halinde ortaya çıkar. Bu gerçekleştiğinde, cezasızlık özellikle kurumların veya Devlet temsilcilerinin ciddi insan hakları ihlallerine karşı özenli bir şekilde tepki vermesinden kaynaklanır veya kolaylaştırılır. Bu durumlarda, devlet kurumlarında ve adli veya idari süreçlerin her aşamasında hatalar gözlenebilir. Devletler, mağdurlar için adalet sağlamak, gelecekteki insan hakları ihlalleri konusunda caydırıcı olmak ve hukuk dev-

⁷²⁵(Medeni ve Siyasi) İnsan hakları ihlali faillerinin cezasızlığına ilişkin Özel Raportörün Gözden geçirilmiş nihai Raporu, BM Bel E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (1997), Ek II, Bölüm II.

⁷²⁶Panel Blanca Case / Guatemala, AAİHM, 8 Mart 1998 tarihli karar, Series C No. 37, para 173; Bámaca Velásquez / Guatemala, AAİHM, 25 Kasım 2000 tarihli karar, Series C No. 79, para 211.

⁷²⁷(Medeni ve Siyasi) İnsan hakları ihlali faillerinin cezasızlığına ilişkin Özel Raportörün Gözden geçirilmiş nihai Raporu, BM Bel E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (1997), Ek II, s.13-14.

letine ve adalet sistemine kamuoyunun güvenini desteklemek için cezasızlıkla mücadele etmelidir.⁷²⁸

Ağır insan hakları ihlallerinin faillerini kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü, mutlaka mağdurun telafi hakkının bir parçası değildir. Mağdur haklarından bağımsız olarak Devletin bir yükümlülüğü olarak mevcuttur. Bununla birlikte, faillerin hesap verebilirliği mağdurlar için en önemli düzeltme önlemlerinden biridir, bu yüzden bazen mağdurların adalet hakkı olarak tanımlanmaktadır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, "insan hakları ihlallerinin bireysel faillerinin hesap verebilirliğinin, insan hakları ihlallerinin mağdurları için etkili bir çözümün temel unsurlarından biri olduğunu ve bunun adil ve hakkaniyetli bir adalet sistemi ve nihayetinde bir Devlet içerisinde uzlaşma ve istikrar sağlanmasında kilit bir etken olduğunu" belirterek bu bağlantıyı vurgulamıştır.⁷²⁹

Gösterileceği gibi, uluslararası insan hakları hukuku, yargısız infazlar, işkence ve kötü muamele gibi ağır insan hakları ihlallerinden, zorla kaybetmelerden, soykırımdan, insanlığa karşı suçlardan, savaş suçlarından ve diğer ağır insan hakları ihlallerinden sorumlu olanların adalete teslim edilmesini gerektirmektedir. Ayrıca, uluslararası hukuk, af kanunları, zamanaşımı ve askeri yargı sistemi tarafından uygulanan cezasızlık gibi sorumluların etkili bir şekilde kovuşturulmasının önündeki engellerin bir kısmını da ele almıştır (bunlar, Bölüm 9'da ele alınmıştır).

⁷²⁸Avrupa Konseyi Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Rehber İlkeler, Böl. I, para. 1-3.

⁷²⁹Genel Kurul Kararı 57/228 (2002).

8.1 Ağır insan hakları ihlallerini kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü

Devletin kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü

Bütün devletlerin ağır insan hakları ihlallerinin faillerini kovuşturma ve cezalandırma ve cezasızlıkla mücadele etme yükümlülüğü vardır. Bu Birleşmiş Milletlerin en yüksek organları olan Güvenlik Konseyi⁷³⁰ ve Genel Kurul⁷³¹ tarafından kabul edilmiştir. İhlalinin kovuşturulması ve cezalandırılması gereken özel haklara geçmeden önce, uluslararası insan hakları organlarının cezasızlığa ilişkin genel yaklaşımları açıklanmalıdır.

BM İnsan Hakları Komisyonu

İnsan Hakları Komisyonunun cezasızlığa ilişkin kararları, cezasızlıkla mücadelenin önemini ve işbirlikçileri de dahil olmak üzere uluslararası insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinin faillerini sorumlu tutmanın önemini vurgulamaktadır. Ciddi suç teşkil eden, uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuku ihlalinde bulunanlara af sağlanmaması gerektiğini kabul etmekte ve devletleri uluslararası hukuktaki yükümlülükleri uyarınca harekete geçmeye davet etmektedir.⁷³² Komisyonun Özel Raportörleri de ağır insan hakları ihlallerinin faillerinin cezalandırılmasını istemişlerdir.⁷³³

⁷³⁰Güvenlik Konseyi kararı: Haiti sorununa ilişkin, BM Bel S/RES/1529 (2004), para 7; Fildişi Sahili'ndeki duruma ilişkin, BM Bel S/RES/1479 (2003), para 8.

⁷³¹Genel Kurul kararı 57/228 (2002) ve 57/190 (2003).

⁷³²İnsan Hakları Komisyonu Kararları: 2003/72, para. 2, 10; 2002/79, para. 2, 11; 2001/70, para 2; 2000/68, para 4; E/CN.4/RES/1999/34, para 4; 1998/53, para 4.

⁷³³Yargıçların ve Avukatların bağımsızlığı özel Raportörünün Guatemala görevine ilişkin Raporu, BM Bel E/CN.4/2002/72/Add.2 (2002), tavsiye (a); Yargıçların ve Avukatların bağımsızlığı özel Raportörünün Meksika görevine ilişkin Raporu, BM Bel E/CN.4/2002/72/Add.1 (2000), tavsiyeler (j), (k) ve (p).

İnsan Hakları Komitesi

İnsan Hakları Komitesi, Uruguay ile ilgili ilk bireysel başvurulardan bu yana, insan hakları ihlallerini kovuşturma ve cezalandırma ödeline ilişkin içtihat geliştirmiştir. Örneğin, *Bleier / Uruguay* davasında, İnsan Hakları Komitesi, Hükümeti "başvurucunun ölümünden, ortadan kaybolmasından ya da kötü muamele edilmesinden sorumlu olduğu tespit edilen kişileri adalete teslim etmeye" çağırmıştır.⁷³⁴ Benzer bulgular, İnsan Hakları Komitesinin birçok kararında⁷³⁵ ve Taraf Devlet raporlarına ilişkin sonuç gözlemlerinde⁷³⁶ bulunabilir. İnsan hakları ihlalleri için (örneğin aflar aracılığıyla) cezasızlık ortamının, Sözleşme'nin altındaki Devletlerin yükümlülüklerini ihlal ettiği anlamına gelir.⁷³⁷ Sözleşmenin 2. maddesine ilişkin 31 No'lu Genel Yorumunda şöyle demiştir:

⁷³⁴Bleier / Uruguay, İnsan Hakları Komitesi Kararı 30/1978, BM Bel CCPR/C/15/D/30/1978 (1982), para 11.

⁷³⁵Bkz. İnsan Hakları Komitesi Kararları: Almeida de Quinteros et al / Uruguay, BM Bel CCPR/C/OP/2 (1983), para 16(b); Dermit Barbato / Uruguay, BM Bel CCPR/C/17/D/84/1981 (1982), para 11; Celis Laureano / Peru, BM Bel CCPR/C/56/D/540/1993 (1996), para 10; Sarma / Sri Lanka, BM Bel CCPR/C/78/D/950/2000 (2003), para 11; Nydia Erika Bautista / Kolombiya, BM Bel CCPR/C/55/D/563/1993 (1995), para 8.6, 10; José Vicente y Amado Villafañe Chaparro / Kolombiya, BM Bel CCPR/C/60/D/612/1995 (1997), para 8.2; Coronel et al / Kolombiya, BM Bel CCPR/C/70/D/778/1997 (2002), para 10; Njaru / Kamerun, BM Bel CCPR/C/89/D/1353/2005 (2007), para 8; Banda / Sri Lanka, BM Bel CCPR/C/91/D/1426/2005 (2007), para 9.

⁷³⁶İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Libya Arap Cumhuriyeti, BM Bel CCPR/C/79/Add.101 (1998), para. 7, 10; Meksika, BM Bel CCPR/C/79/Add.109 (1999), para 6; Cezayir, BM Bel CCPR/C/79/Add.95 (1998), para. 6, 7, 9; Arjantin, BM Bel CCPR/CO/70/ARG (2000), para 9, 13; Kırgız Cumhuriyeti, BM Bel CCPR/CO/69/KGZ (2000), para 7; Guatemala, BM Bel CCPR/CO/72/GTM (2001), para 12; Venezüella, BM Bel CCPR/CO/71/VEN (2001), para 8; Macaristan, BM Bel CCPR/CO/74/HUN (2002), para 12; Kolombiya, BM Bel CCPR/C/79/Add.76 (1997), para 32; Arjantin, BM Bel CCPR/CO/70/ARG (2000), para. 9, 13.

⁷³⁷İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Uruguay, BM Bel CCPR/C/79/Add.19 (1993), para 7; Şili, BM Bel CCPR/C/79/Add.104 (1999), para 7; Lübnan, BM Bel CCPR/C/79/Add.78 (1997), para 12; El Salvador, BM Bel CCPR/C/79/Add.34 (1994), para 7; Haiti, BM Bel A/50/40 (1995), para. 224-241, at 230; Peru, BM Bel CCPR/CO/70/PER (2000), para 9; Fransa, BM Bel CCPR/C/79/Add.80 (1997), para 13; Arjantin, BM Bel CCPR/C/79/Add.46 (1995), para 146, ve BM

"15. paragrafta belirtilen soruşturmaların, belli Sözleşme haklarının ihlal edildiğini ortaya çıkarması durumunda, Taraf Devletlerin sorumluların adalete teslim edilmesini sağlamaları gerekir. Soruşturma yapılmamasında olduğu gibi, bu tür ihlallerin faillerinin adalet önüne getirilmemesi de kendi başına Sözleşme'nin ayrı bir ihlaline yol açabilir. Bu yükümlülükler, özellikle işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele, yargısız ve keyfi infaz ve zorla kaybedilme gibi iç hukuk veya uluslararası hukuk uyarınca suç teşkil eden ihlallerle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, Komite tarafından sürekli bir endişe konusu olan bu ihlallere ilişkin cezasızlık sorunu, ihlallerin tekrarlanmasında önemli bir katkı unsuru olabilir. Sivil halka yönelik yaygın veya sistematik bir tutumun parçası olarak işlendiğinde, bu Sözleşme ihlalleri, insanlığa karşı suç oluşturur."⁷³⁸

İnsan Hakları Komitesi, cezai yaptırımların, devletlerin ağır insan hakları ihlalleriyle ilgili temel yükümlülüğü olduğunu belirtirken,⁷³⁹ disiplin cezalarının cezai yaptırımlara tamamlayıcı nitelikte olduğu kanaatindedir. Ciddi insan hakları ihlallerinden suçlu bulunan kişilerin "diğer cezalara ek olarak kamu hizmetinden çıkarılması" gerektiği kanısındadır.⁷⁴⁰

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi ve Komisyonu

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, cezalandırma yükümlülüğünün, önleme, soruşturma ve tazminat yükümlülükleri ile birlikte, Devletin insan haklarından tam olarak yararlanılmasını

Bel CCPR/CO/70/ARG (2000), para 9; Hırvatistan, BM Bel CCPR/CO/71/HRV (2001), para 11; Guatemala, BM Bel CCPR/CO/72/GTM (2001), para 12.

⁷³⁸İnsan Hakları Komitesi Sözleşmeye taraf Devletlere yüklenen genel hukuki yükümlülüğün doğasına ilişkin 31 Nolu Genel Yorum, BM Bel CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004), para 18 (atıflar çıkarılmıştır).

⁷³⁹Bkz. İnsan Hakları Komitesi Kararı: Nydia Erika Bautista / Kolombiya, BM Bel CCPR/C/55/D/563/1993 (1993), para 8.2; José Vicente y Amado Villafañe Chaparro et al / Kolombiya, BM Bel CCPR/C/60/D/612/1995 (1997), para 8.2.

⁷⁴⁰İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri, Sırbistan ve Karadağ, BM Bel CCPR/CO/81/SEMO (2004), para 9.

sağlama bütüncül ödevinin bir parçasını oluşturduğuna karar vermiştir. İnsan hakları ihlallerini önleme ödevinin "insan haklarının korunmasını destekleyen ve ihlallerin yasadışı eylem olarak kabul edilmesini ve bu şekilde muamele edilmesini sağlayan, bu çerçevede sorumluların cezalandırılmasına ve mağdurların zararlarının tazmini yükümlülüğüne yol açan, hukuki, siyasi, idari ve kültürel nitelikteki tüm araçları içerdiğini" kabul etmektedir.⁷⁴¹ Devletin "elindeki tüm hukuki imkanlarla [cezasızlıkla] mücadele etme yükümlülüğü bulunduğunu, çünkü cezasızlığın insan hakları ihlallerinin kronik olarak tekrarlanmasına ve mağdurların ve yakınlarının savunmasız kalmasına yol açtığını" belirtmiştir.⁷⁴² Amerikalılar-arası Mahkeme, cezalandırma ödevini Sözleşmenin 1/1. maddesinin genel güvencesinden ve Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca iç tedbirler alma ödevinden çıkarmıştır.⁷⁴³ Bu, Devletin soruşturma ve cezalandırmayı mümkün kılmak için iç mevzuatını Sözleşmeye uyarlaması gerektiği anlamına gelir. Mahkeme ayrıca, cezalandırma yükümlülüğünün, Sözleşmenin 1/1. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 8/1. ve 25. maddelerinden de kaynaklandığı görüşündedir.⁷⁴⁴ Cezalandırma ödevi, ayrıca maddi ve manevi

⁷⁴¹Velásquez Rodríguez / Honduras, AAİHM, 29 Temmuz 1988, Series C No. 4, para 166. Ayrıca bkz. para. 175.

⁷⁴²Bkz. Cantoral Benavides / Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 88, para 69; Cesti Hurtado / Peru (Telafiler), AAİHM, 31 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 78, para 63; Villagrán Morales et al / Guatemala, , (Telafiler), AAİHM, 26 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 77, para 100; Panel Blanca / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 25 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 76, para 201; Bámaca Velásquez / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 91, para 74.

⁷⁴³Velásquez Rodríguez / Honduras, AAİHM, 29 Temmuz 1988 tarihli karar, Series C No. 4, para 177; Loayza Tamayo / Peru (Telafiler), AAİHM, 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 42, para. 168-171; Castillo Páez / Peru (Telafiler), AAİHM, 27 Kasım 1998 tarihli karar, Series C No. 43, para. 98-108; Suárez Rosero / Ekvador (Telafiler), AAİHM, 20 Ocak 1999 tarihli karar, Series C No. 44, para. 77-80; Blake / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Ocak 1999 tarihli karar, Series C No. 48, para. 59-65.

⁷⁴⁴Blake / Guatemala, AAİHM, 24 Ocak 1998 tarihli karar, Series C No. 36, para 97. Ayrıca bkz. Villagrán Morales et al / Guatemala, "Sokak Çocukları" Davası AAİHM, 19 Kasım 1999 tarihli karar, para 225; Durand and Ugarte / Peru, AAİHM, 16 Ağustos 2000 tarihli karar, Series C No. 68, para 130; Las Palmeras

tazminatların yanında mağdurlara sağlanması gereken telafiler kapsamında da yer alır.⁷⁴⁵ Amerikalılar-arası Mahkeme, defalarca “cezasızlığı ortadan kaldırma ihtiyacının uluslararası toplum için bu amaçla Devletlerarası iş birliğini sağlama yükümlülüğü doğurduğunu da” vurgulamıştır.⁷⁴⁶ Bu nedenle devletlerin, insan hakları ihlallerinin faillerini kovuşturmaya ve cezalandırmaya çalışan ve yurtdışına kaçan faillerin iadesini talep eden diğer devletlerle iş birliği yapması gerekmektedir.⁷⁴⁷

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu, cezalandırma ödevinin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 1/1. maddesinden⁷⁴⁸ ve 8/1 ve 25/1. maddelerinden kaynaklandığını belirtmiştir.⁷⁴⁹

Case / Kolombiya, AAİHM, 6 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 90, para 65; Juan Humberto Sánchez / Honduras, AAİHM, 7 Haziran 2003 tarihli karar, Series C No. 99, para 121-136; Myrna Mack Chang / Guatemala, AAİHM, 25 Kasım 2003 tarihli karar, Series C No. 101, para 275.

⁷⁴⁵“Panel Blanca” Case / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 25 Mayıs 2001 tarihli karar, para. 194-202; Villagrán Morales et al / Guatemala, “Sokak Çocukları” Davası (Telafiler), AAİHM, 26 Mayıs 2001 tarihli karar, Series C No. 77, para. 98-101; Cantoral Benavides / Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 88, paras 69, 70; Durand and Ugarte / Peru (Telafiler), AAİHM, 3 Aralık 2001 tarihli karar, Series C No. 89, para 39(c) ve hüküm para 3(c); Bámaca Velásquez / Guatemala (Telafiler), AAİHM, 22 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 91, paras 73-78; Trujillo Oroza / Bolivya (Telafiler), AAİHM, 27 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 92, para 99-111; Bulacio / Arjantin, AAİHM, 18 Eylül 2003 tarihli karar, Series C No. 100, para 110.

⁷⁴⁶Goiburú et al / Paraguay, AAİHM, 22 Eylül 2006 tarihli karar, Series C No. 153, para. 131-132; La Cantuta / Peru, AAİHM, 29 Kasım 2006 tarihli karar, Series C No. 162, para 160.

⁷⁴⁷Goiburú et al / Paraguay, AAİHM, 22 Eylül 2006 tarihli karar, Series C No. 153, para 130; La Cantuta v Peru, AAİHM, 29 Kasım 2006 tarihli karar, Series C No. 162, para 159.

⁷⁴⁸Ignacio Ellacuría S.J et al (El Salvador), AAİHK, Report No. 136/99, 22 Aralık 1999, paras 170 et seq; Riofrío Massacre (Colombia), AAİHK, 6 Nisan 2001, para. 77 et seq; Extrajudicial Executions and Forced Disappearances of Persons (Peru), AAİHK, dava 10.247 et al, 11 Ekim 2001, para 247.

⁷⁴⁹Carmelo Soria Espinoza (Şili), AAİHK, Report No. 133/99, dava 11.725, 19 Kasım 1999, paras 92 et seq; Ignacio Ellacuría S.J et al (El Salvador), AAİHK, Report No. 136/99, 22 Aralık 1999, paras 189 et seq; Riofrío Massacre

Diğerlerinin yanı sıra, yargısız infazlar,⁷⁵⁰ kaybedilmeler,⁷⁵¹ işkence⁷⁵² ve aile içi şiddet,⁷⁵³ insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçlarına⁷⁵⁴ ilişkin davalarda soruşturma ve kovuşturma yapılmasını tavsiye etmiştir. 1998 yılına ait bir tavsiye kararında, Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu "Amerikan Devletler Örgütü'ne üye devletlerin soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları konularında ilgili kişilere ilişkin olarak evrensel yargı yetkisine başvurmak ve uygulamak için gerekli olabilecek yasal ve diğer önlemleri almalarını tavsiye etmiştir".⁷⁵⁵ *Sığınma ve Uluslararası Suçlar* konusundaki Tavsiyesinde, cezai sorumluluktan kurtulmak için kaçanlara iltica hakkının verilmemesi gerektiği ilkesini hatırlatmıştır.⁷⁵⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1985'ten bu yana, bir kimsenin fiziksel bütünlük hakkının kullanılmasını engelleyen belli fiillerin, ister kamu görevlileri ister özel kişiler tarafından işlenmiş olsun,

(Kolombiya), AAİHK, 6 Nisan 2001, paras 64 et seq; Extrajudicial Executions and Forced Disappearances of Persons (Peru), AAİHK, Dava 10.247 et al., 11 Ekim 2001, para. 235 et seq; Héctor Marcial Garay Hermosilla (Şili), AAİHK, Report No. 36/96, Dava 10.843, 15 Ekim 1996, para 67; Lucio Parada Cea et al (El Salvador), AAİHK, Report No. 1/99, Dava 10.480, 27 Ocak 1999, para. 130 et seq.

⁷⁵⁰Riofrío Massacre (Kolombiya), AAİHK, Report No. 62/01, Dava 11.654, 6 Nisan 2001, para 84(1).

⁷⁵¹Raúl Zevallos Loayza et al (Peru), AAİHK, Report 52/99, Dava 10.544 et al, 13 Nisan April 1999, para 123; Extrajudicial Executions and Forced Disappearances of Persons (Peru), AAİHK, Report No. 101/01, Dava 10.247 et al, 11 Ekim 2001, para 253(2).

⁷⁵²Riofrío Massacre (Kolombiya), AAİHK, Report No. 62/01, Dava 11.654, 6 Nisan 2001, para 84(1).

⁷⁵³Maria Da Penha Maia Fernandes (Brezilya), AAİHK, 16 Nisan 2001, para 61(1).

⁷⁵⁴AAİHK, Yıllık Rapor 1998, OEA/Ser./L/V/II/101 Doc. 70 (1998), Bölüm VII, Tavsiye 21.

⁷⁵⁵Ibid, Tavsiye 21.

⁷⁵⁶AAİHK, Yıllık Rapor 2000, OEA/Ser./L/V/II.111 Doc. 20 rev (2001), Bölüm VI, Sığınma ve Uluslararası Suçlara ilişkin tavsiye.

Devlet'in bu tür fiilleri ceza kanunuyla cezalandırmasını gerektirdiğini kabul etmiştir. İlk dava olan *X ve Y / Hollanda* davası bir küçüğün tecavüze uğramasına ilişkin ve usulü bir engel dolayısıyla kovuşturma yapılamamıştı.⁷⁵⁷ Mahkeme, mağdur üzerine uygulanan türden haksız fiillerde medeni hukukun sağladığı korumanın yetersiz olduğunu, çünkü özel hayatın temel değerleri ve temel yönlerinin söz konusu olduğunu tespit etmiştir. (Uygulanacak yaptırımın) etkili bir caydırıcılığa sahip olması zorunlu olup bu ancak ceza hukuku hükümleriyle sağlanabilirdi.⁷⁵⁸ Mahkeme daha sonra, yaşam hakkının korunmasının,⁷⁵⁹ işkence⁷⁶⁰ ve zalimane insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza yasağının,⁷⁶¹ zorla kaybedilme yasağının,⁷⁶² ve kölelik ve kulluk yasağının⁷⁶³ failin kovuşturulmasını ve cezalandırılmasını gerektirdiğini tespit etmiştir. Mahkeme'nin yorumuna göre cezalandırma ödevi, daha geniş bir koruma yükümlülüğü kapsamındadır. Başka bir deyişle, Devletler "kendi yetki alanlarındaki kişilerin yaşamını korumak için uygun adımları atmalıdır... Devletin bu bağlamdaki yükümlülüğü, kişilere karşı suç işlenmesini caydırmak için etkili ceza hukuku hükümlerini (bu hükümlerin ihlalinin önlenmesi bastırılması ve yaptırıma tabi tutulması için hukuk uygulama mekanizması ile desteklenen) uygulamaya koyarak yaşam hakkını güvence altına alma birincil ödevinin ötesine geçer."⁷⁶⁴ Ayrıca, ceza yasalarının etkili bir şekil-

⁷⁵⁷*X ve Y / Hollanda*, AİHM, 26 Mart 1985, Series A 91. Ayrıca bkz. M.C. / Bulgaristan, AİHM, 4 Aralık 2003, para 153.

⁷⁵⁸*X ve Y / Hollanda*, AİHM, 26 Mart 1985, Series A 91, para 27.

⁷⁵⁹*Osman / Birleşik Krallık*, AİHM, 28 Ekim 1998, Reports 1998-VIII, para 116; *Öneryıldız / Türkiye*, AİHM, 30 Kasım 2004, para. 93-95; *Opuz / Türkiye*, AİHM, 9 Haziran 2009, para. 145, 150.

⁷⁶⁰*Aksoy / Türkiye*, AİHM, 18 Aralık 1996, Reports 1996-VI, para 98.

⁷⁶¹*A. / Birleşik Krallık*, AİHM, 23 Eylül 1998, Reports 1998-VI, para. 22, 23.

⁷⁶²*Kurt / Türkiye*, AİHM, 25 Mayıs 1998 tarihli karar, Report 1998-III, para 140.

⁷⁶³*Siliadin / Fransa*, AİHM, 26 Temmuz 2005, para 89; *Rantsev / Kıbrıs ve Rusya*, AİHM, 7 Ocak 2010 tarihli karar, para. 284-285.

⁷⁶⁴*Osman / Birleşik Krallık*, AİHM, 28 Ekim 1998, Reports 1998-VIII, para 115; *Mahmut Kaya / Türkiye*, AİHM, 28 Mart 2000, Reports 2000-III, para 85; *Kiliç / Türkiye*, AİHM, 28 Mart 2000, Reports 2000-III, para 62.

de uygulanamaması ile suç işleyenlerin cezasız kalması arasındaki yakın bağlantıya dikkat çekerek soruşturma ve kovuşturmadaki kusurların "ceza hukuku tarafından sağlanan korumanın etkinliğini baltaladığına" karar vermiştir. Bu, "güvenlik güçleri mensuplarının, Sözleşme kapsamında güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere saygı gösteren demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ile uyumlu olmayan fiilleri dolayısıyla hesap vermemelerine izin vermiş veya teşvik etmiştir."⁷⁶⁵ Mahkeme kararlarının uygulanmasını denetlemekten sorumlu organ olan Bakanlar Komitesi, ilaveten, işkence veya kötü muamele gibi suçların yaptırımlarının hafif hapis cezası olarak belirlenmesi veya para cezasına çevrilmesi veya çoğu durumda da ertelenmesinden dolayı kaygılarını dile getirmiş ve bunu "Avrupa Mahkemesi kararlarında vurgulanan su- iistimallere karşı ceza korumasındaki ciddi eksikliklerin" bir teyidi olarak görmüş; "işkence ve kötü muameleden suçlu bulunan personel için asgari düzeyde caydırıcılığa sahip hapis cezası verilmesi" gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁶⁶ Benzer şekilde, Avrupa Mahkemesi, işkence ya da kötü muamele ile suçlanan Devlet görevlilerinin müşfik cezalarını eleştirmiştir. "Bu tür eylemlerin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğini" göstermek yerine, ceza hukuku sistemi "şikâ-yet edilen türdeki yasadışı eylemleri etkin bir şekilde önlemek için yeterince caydırıcı olmayan" bir şekilde uygulanmıştır.⁷⁶⁷ Buna ek olarak, Avrupa Mahkemesi, sıklıkla şüpheli failere yönelik ceza

⁷⁶⁵Mahmut Kaya / Türkiye, AİHM, 28 Mart 2000, Reports 2000-III, para 98; Kiliç / Türkiye, AİHM, 28 Mart 2000, Reports 2000-III, para 75. Genel cezasızlık ikliminin hukuki sonuçlarına ilişkin olarak ayrıca bkz. Orhan/ Türkiye, AİHM, 18 Haziran 2002, para 330.

⁷⁶⁶AK Bakanlar Komitesi, Ara Karar Res DH(2002)98 (2002), Türkiye'de Güvenlik Güçlerinin Faaliyetleri, Sağlanan ilerlemeler ve devam eden sorunlar, Ek II'de listelenen Türkiye aleyhine verilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına uyum sağlamak için alınması gereken genel önlemler (DH(99)434 sayılı Ara Kararın takibi).

⁷⁶⁷Okkalı / Türkiye, AİHM, 17 Ekim 2006, para. 75 ve 78. Ayrıca bkz. Yeter/ Türkiye, AİHM, 13 Ocak 2009, para. 67-69; Kopylov / Rusya, AİHM, 29 Temmuz 2010, para. 140-142.

kovuşturmaların uzunluğunu⁷⁶⁸ ve bunun sonucu olarak suçların zamanlaşımına uğradığı durumları eleştirmiştir.⁷⁶⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğünün, yalnızca Sözleşme'nin maddi güvencelerinden (işkence ve zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, yaşama hakkının veya özel yaşamın korunması gibi) kaynaklandığını kabul etmemektedir, ancak bu, aynı zamanda AİHS'nin 13. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru (çözüm) hakkının da bir parçasıdır.⁷⁷⁰

Ayrıca, Mahkeme'nin içtihadını özetleyen ve diğer Avrupa Konseyi anlaşma ve antlaşma dışı standartlarını yansıtan, Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Önlenmesine İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkelerinin XII İlkesi, Devletlerin, cezasızlığın ortadan kaldırılmasında iş birliği yapma ödevinin altını çizmektedir: "Cezasızlıkla mücadelede uluslararası iş birliği, önemli bir rol oynar. Cezasızlığın önlenmesi ve ortadan kaldırılması için, Devletler, özellikle karşılıklı hukuki yardım, kovuşturma ve iadelerle ilgili yükümlülüklerini, "geri göndermeme" ilkesi de dahil olmak üzere, insan haklarına saygılı bir şekilde yerine getirmelidirler. Bu amaçla, Devletlerin iş birliğini mevcut yükümlülüklerinin ötesinde yoğunlaştırması teşvik edilmektedir."

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu da soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma ödevini tanımıştır. *Malavi Afrika Derneği ve diğerleri / Moritanya* davasında, Afrika Komisyonu, çok sayıda ağır insan hakları ihlali tespit ettikten sonra, hükümetin "kaybe-

⁷⁶⁸Gülen / Türkiye, AİHM, 14 Ekim 2008, para 44.

⁷⁶⁹Batı ve Diğerleri / Türkiye, AİHM, 3 Haziran 2004, para. 145-147; Tekin ve Diğerleri / Türkiye, AİHM, 20 Mayıs 2008, para. 64-65; Hüseyin Şimşek / Türkiye, AİHM, 20 Mayıs 2008, para. 67-71; Vasil Petrov / Bulgaristan, AİHM, 31 Temmuz 2008, para. 78-86.

⁷⁷⁰Aksoy / Türkiye, AİHM, 18 Aralık 1996, Reports 1996-VI, para 98; Aydın / Türkiye, AİHM, 25 Eylül 1997, Reports 1997-VI, para 103, Kaya / Türkiye, AİHM, 19 Şubat 1998, Reports 1998-I, para. 106-107; Orhan / Türkiye, AİHM 18 Haziran 2002, para 384.

dildiği düşünölen kişilerin akıbetini belirlemek amacıyla bağımsız bir soruşturma başlatılmasını ayarlamasını ve söz konusu ihlalleri gerçekleştiren faillerin tespit edilerek sorumlu tutulmasını” tavsiye etmiştir.⁷⁷¹ Nijerya’daki Ogoniland’daki insan hakları ihlalleriyle ilgili olarak, Komisyon, Ogoniland halkının çevrenin, sağlığının ve geçiminin korunmasını sağlamak için Hükümete, diğerlerinin yanı sıra: “Yukarıda açıklanan insan hakları ihlalleri hakkında soruşturma yapılması ve güvenlik güçleri görevlileri, Nijerya Ulusal Petrol Şirketi ve insan hakları ihlallerine karışan ilgili kurumlar hakkında kovuşturma yapması” çağrısında bulunmuştur.⁷⁷² Benzer şekilde, Afrika Komisyonu Darfur’daki insan hakları ihlalleriyle ilgili Sudan aleyhine açılan davada, hükümeti soruşturma yapmaya ve “cinayet, tecavüz, kundaklama ve mülkün imhası dahil olmak üzere insan hakları ihlallerinden sorumlu kişileri kovuşturma yönünde adımlar atmaya” davet etmiştir.⁷⁷³ Afrika Komisyonu ayrıca, Devletlerin, Afrika Şartı’nda yer alan hakları güvence altına alma genel yükümlölüğünün bir parçası olarak, özel aktörler tarafından işlenenler de dahil olmak üzere, insan hakları ihlallerinden sorumlu olanları kovuşturması ve cezalandırması gerektiğini teyit etmiştir.⁷⁷⁴

Spesifik haklar

Devletlerin belirli insan hakları ihlallerini cezalandırma zorunluluğu, çok farklı haklarla ilgili insan hakları sözleşmelerinde yer almaktadır. Bazı Sözleşmeler yalnızca insan hakları ihlallerini yaptırma tabi tutma ödevinden söz eder,⁷⁷⁵ diğer anlaşmalar ise Devletlerin özellikle cezai yaptırımları benimsemelerini zorunlu

⁷⁷¹Malawi African Association et al / Moritanya, AİHHK Kararlar 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97 and 210/98 (2000).

⁷⁷²The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nijerya, AİHHK Karar 155/96 (2001).

⁷⁷³Sudan Human Rights Organisation et al. and Centre on Housing Rights and Evictions / Sudan, AİHHK Kararlar 279/03 and 296/05 (2009), para 229(c).

⁷⁷⁴Zimbabwe Human Rights NGO Forum / Zimbabwe, AİHHK Karar 245/2002 (2006), para 160; Association of Victims of Post Electoral Violence and Interights / Kamerun, AİHHK Karar 272/2003 (2010), para 89.

⁷⁷⁵Bkz. KKHAOKS (CEDAW), Madde 2(b); IAOKS, Madde 4(a).

kılar.⁷⁷⁶ Kovuşturma ve cezalandırma ödevi birçok bildiri belgesinde de yer almaktadır.⁷⁷⁷ Bazı spesifik ağır insan hakları ihlalleri burada ele alınacaktır.

İşkence ve zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza

İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 4/1. maddesi, Devletlere "tüm işkence eylemlerinin ceza hukuku kapsamında suç teşkil etmesini sağlama" zorunluluğu getirmektedir. İşkenceye Karşı Komite, bu yükümlülüğün, Devletlerin işkence suçunu ceza kanunlarında düzenlemelerini gerektirdiğini düşünmektedir.⁷⁷⁸ Komite, işken-

⁷⁷⁶Apartheid Sözleşmesi, Madde IV; İKS, Maddeler 4 ve 5; Çocuk satışı, çocuk fuhuşu ve çocuk pornografisine ilişkin Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol, Maddeler 3-5; Çocukların silahlı çatışmalara dahil edilmesine ilişkin Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol, Madde 4; Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Sözleşmesi, Madde 4; Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme, Maddeler IV, V ve VI; İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşme, Maddeler 1 ve 6; Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşme, Madde 7; Kişilerin Zorla Kaybedilmesine İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşme, Maddeler I ve IV; UÇÖ Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi 1989 (No. 169), Madde 18 şöyle demektedir: "İlgili halkların toprağına izinsiz olarak giren ve kullanan kişiler için kanunlar yoluyla yeterli cezalar öngörülmesi ve hükümetler bu tür suçları önlemek için gerekli tedbirleri almalıdır". Ayrıca bkz. Zamanaşımının Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Uygulanmamasına İlişkin Sözleşme ve Zamanaşımının Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Uygulanmamasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi.

⁷⁷⁷Kadına Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi, Madde 4(c) ve (d); Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge Madde 4; Yargısız İnfazlara Dair BM İlkeleri Madde 18; Kolluk Kuvvetleri Tarafından Güç ve Silah Kullanılmasına Dair Temel İlkeler, İlke 7; Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlardan suçlu olan kişilerin yakalanması, tutuklanması, sınır dışı edilmesi ve cezalandırılması konusunda Uluslararası İş Birliği İlkeleri, İlke 5; Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı, para. 60, 62; Irkçılık, Irk Ayrımcılığı, Yabancı Düşmanlığı ve İlgili Hoşgörüsüzlüğe Karşı Dünya Konferansı Eylem Programı, para. 84-89.

⁷⁷⁸İşkenceye Karşı Komite sonuçlar ve tavsiyeler: Zambiya, BM Bel CAT/C/XXVII/

ce suçunun ceza yasalarında düzenlenmesinin, İşkenceye Karşı Sözleşme kapsamında yer alan yasallık ilkesi veya iade yükümlülüğü⁷⁷⁹ veya evrensel yargı yetkisine izin verme⁷⁸⁰ gibi tüm yükümlülüklere uymayı güvence altına alacağı kanaatindedir. 4/2. madde, Devletlerden “bu suçları uygun cezalarla cezalandırmalarını” talep etmektedir. İşkence fiillerinden mahkûm olmuş faillere af sağlanması bu yükümlülüğü ihlal eder.⁷⁸¹

5/2. ve 7. maddeler, Devletin kendi topraklarında bulunan şüpheli işkence faillerini kovuşturması veya iade etmesi ödevini ortaya koymaktadır. Senegal’deki Çad’lı eski diktatör Hissène Habré’ye karşı uzun süredir devam eden cezai kovuşturmalar bağlamında, hem İşkenceye Karşı Komite hem de Uluslararası Adalet Divanı, 5/2 ve 7. maddelerin, Devlet’in şüphelinin kendi ülkesinde bulunduğu durumlarda işkence suçuyla ilgili evrensel yargı yetkisini tanımak için gerekli yasal düzenlemeleri yapmalarını gerektirdiğini ortaya koymuşlardır.⁷⁸² Ayrıca, kovuşturmaya başlayabilmeleri

Concl.4 (2001), para 8(a); Suudi Arabistan, BM Bel CAT/C/CR/28/5 (2002), para 8(a); Endonezya, BM Bel CAT/C/XXVII/Concl.3 (2001), para 10(a); ABD, BM Bel A/55/44 (2000), para. 175-180, para 180(a); İsveç, BM Bel CAT/C/CR/28/6 (2002), para. 5, 7; Norveç, BM Bel CAT/C/CR/28/7 (2002), para 6; Slovanya, BM Bel A/56/44 (2001), para 105; Beyaz Rusya, BM Bel A/56/44 (2000), para. 45, 46; Avusturya, BM Bel A/55/44 (1999), para 60; Finlandiya, BM Bel A/55/44 (1999), para 55.

⁷⁷⁹İşkenceye Karşı Komite sonuçlar ve tavsiyeler: Ermenistan, BM Bel A/56/44 (2000), para 39; Senegal, BM Bel A/51/44 İşkenceye Karşı Komite sonuçlar ve tavsiyeler; Kazakistan, BM Bel A/56/44 (2001), para 128.

⁷⁸⁰İşkenceye Karşı Komite sonuçlar ve tavsiyeler Namibya, BM Bel A/52/44 (1997), para 4.

⁷⁸¹Guridi / İspanya, İşkenceye Karşı Komite Karar 212/2002, BM Bel CAT/C/34/D/212/2002 (2004), para 6.7.

⁷⁸²Suleymane Guengueng et al / Senegal, İşkenceye Karşı Komite Karar 181/2011, BM Bel CAT/C/36/D/181/2001 (2006), para. 9.3–9.5; Yargılama ya da Sınır dışı etme Yükümlülüğü ile ilgili Sorunlar (Belçika / Senegal), UAD 20 Temmuz 2012 tarihli karar, para 74.

için şüphelinin daha önce iadesinin talep edilmesi koşulu bulunmadığını da teyit etmişlerdir.⁷⁸³ Belçika'nın iade talebiyle ilgili olarak, İşkenceye Karşı Komite, "iade talebine uymayı reddederek, Taraf Devletin Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca yükümlülüklerini yine yerine getirmediğine" karar vermiştir.⁷⁸⁴ Uluslararası Adalet Divanı, kovuşturma yükümlülüğü ile iade etme yükümlülüğü arasında ayırım yaparak böyle bir karar vermekten kaçınmıştır:

"Sözleşmeye göre, iade etme veya kovuşturma başlatma arasında seçim yapma, her iki seçeneğe aynı ağırlığın verilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. İade, Devlete Sözleşme tarafından sunulan bir seçenektir, ancak kovuşturma yapma, ihlali, Devletin sorumluluğunu gerektiren bir haksız fiil teşkil eden, Sözleşmeden kaynaklanan uluslararası bir yükümlülüktür."⁷⁸⁵

Ayrıca, Uluslararası Adalet Divanı, Sözleşmenin temel amacı olan "İşkenceye karşı mücadeleyi daha etkin hale getirmek" için, 7. maddede yer alan kovuşturma için yetkili makamlara bir dava açma yükümlülüğünün "makul bir süre içerisinde Sözleşme'nin amacı ve hedefine uygun bir şekilde, uygulanması gerektiğine" karar vermiştir.⁷⁸⁶ Bu nedenle, Uluslararası Adalet Divanı, Senegal'in, İşkenceye Karşı Sözleşme'deki yükümlülüklerini, Hissè Habré'yi adalet önüne çıkarma konusundaki haksız uzun süren işlemler nedeniyle ihlal ettiğine ve ihlal etmeye devam ettiğine ve "Senegal Cumhuriyeti'nin, Bay Hissène Habré'yi iade etmediği takdirde, gecikme olmaksızın kovuşturma maksadıyla yetkili makamlar önünde dava açmasına" karar vermiştir.⁷⁸⁷ Uluslararası Adalet Divanı kararının ardından, Senegal ve Afrika Birliği, 22 Ağustos 2012 ta-

⁷⁸³Ibid.

⁷⁸⁴Suleymane Guengueng et al / Senegal, İşkenceye Karşı Komite Karar 181/2011, BM Bel CAT/C/36/D/181/2001 (2006), para 9(11).

⁷⁸⁵Yargılama ya da Sınır dışı etme Yükümlülüğü ile ilgili Sorunlar (Belçika / Senegal), UAD 20 Temmuz 2012 tarihli karar, para 95.

⁷⁸⁶Ibid, para. 114-115.

⁷⁸⁷Ibid, hüküm para. (5) and (6).

rihinde Senegal yargı sisteminde yargılanması için özel bir mahkeme kurulması konusunda bir anlaşma imzalamışlardır.

Bununla birlikte, İşkenceye Karşı Komite, işkence ve kötü muamelenin kovuşturulması ve cezalandırılması ödevinin yalnızca Sözleşme’de belirtilmediğini, aynı zamanda uluslararası teamül hukuku uyarınca bir yükümlülük olduğunu belirtmiştir.⁷⁸⁸ Bu yükümlülüğü, birçok sonuç gözlemlerinde ve tavsiyelerinde Taraf Devletlere hatırlatmıştır.⁷⁸⁹ İşkenceye ve diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezalara karşı kovuşturma ve cezalandırma ödevi, diğer tüm önemli insan hakları organları tarafından da hatırlatılmıştır.⁷⁹⁰

Hukuk dışı, yargısız ve keyfi infazlar

BM Genel Kurulu, çoğunlukla cezasızlığın hukuk dışı, yargısız veya keyfi infazların yaygınlaşmasının asıl nedeni olduğunu⁷⁹¹ vurgulamış ve “tüm Hükümetlerin, bütün şüpheli hukuk dışı, yargısız

⁷⁸⁸O.R., M.M. and M.S. / Arjantin, İşkenceye Karşı Komite Kararlar 1/1988, 2/1988 ve 3/1988, BM Bel A/45/44(Supp) (1990), p.111, para 7.2

⁷⁸⁹İşkenceye Karşı Komite Sonuç Gözlemleri 44 (1999), para. 56-63, para 61; Azerbaycan, BM Bel A/55/44 (1999), para. 64-69, para 69; Kırgızistan, BM Bel A/55/44 (1999), para. 70-75, para 74(e); Hırvatistan, BM Bel A/54/44 (1999), para. 61-71, para 75(c); Zambiya, BM Bel CAT/C/XXVII/Concl.4 (2001), para 8(d); Suudi Arabistan, BM Bel CAT/C/CR/28/5 (2002), para 8(f); Endonezya, BM Bel CAT/C/XXVII/Concl.3 (2001), para 10(f); Brezilya, BM Bel A/56/44 (1999), para. 115-120, para 120(b); ABD, BM Bel A/55/44 (1999), para. 175-180, para 180(b).

⁷⁹⁰İnsan Hakları Komisyonu kararı 2003/32, para 3, 2002/38, para 3, 2001/62, para 4, ve 2000/43, para 2; İşkence Özel Raportörü Raporları, BM Bel A/56/156 (2001), para 39(a) ve (c), ve E/CN.4/2003/68 (2003), para 26(k); İnsan Hakları Komitesi, 7. Maddeye ilişkin Genel Yorum No. 20, BM Bel HRI/GEN/1/Rev.7 (1992), para 13; İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Uganda BM Bel CCPR/CO/80/UGA (2004), para 16, Surinam, BM Bel CCPR/CO/80/SUR (2004), para 11; Aksoy / Türkiye, AİHM, 18 Aralık 1996, Reports 1996-VI, para 98; A. / Birleşik Krallık, AİHM, 23 Eylül 1998, Reports 1998-VI, para. 22, 23; Riofrío Massacre (Kolombiya), AAİHK, Report No. 62/01, Dava 11.654, 6 Nisan 2001, para 84(1).

⁷⁹¹Genel Kurul Kararı 57/214 (2003), Giriş para. 4 ve 6.

veya keyfi infaz durumlarında sorumluları tespit etmek ve adalet önüne getirmek için ayrıntılı ve tarafsız soruşturmalar yapma yükümlülüğünü, ve bunu yaparken de her insanın kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil ve kamuya açık bir şekilde yargılanmasının güvence altına alınması, mağdurlara veya ailelerine makul bir süre içinde yeterli tazminat sağlanmasını ve cezasızlığı sona erdirmeye ve benzeri infazların bir daha meydana gelmesini engellemek için yasal ve yargısal önlemlerde dahil olmak üzere gerekli tüm önlemleri almaları gerektiğini" yinelemiştir.⁷⁹² İnsan Hakları Komisyonunun "hukuk dışı, yargısız ve keyfi infazlar" konusundaki kararları da bu tür eylemlerin faillerinin adalet önüne getirilmesi ihtiyacını yinelemektedir.⁷⁹³ Hukuk dışı, yargısız ve keyfi infazlarla ilgili Özel Raportör, faillerin kovuşturulmasının barışı, sosyal istikrarı, adaleti ve hukukun üstünlüğünü geliştirmeyi amaçlayan daha geniş bir politikanın parçası olması ve mağdurların tazminat alması gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁹⁴ İnsan Hakları Komitesi, 6. Maddeye ilişkin 6 No'lu Genel Yorum'da, Taraf Devletlerin suç teşkil eden fiillerden kaynaklanan yaşam hakkı ihlallerini önlemesi ve cezalandırması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁹⁵ Komite, kendi içtihatlarında yargısız infaz faillerinin adalet önüne getirilmesini talep etmiştir.⁷⁹⁶ Komite, özellikle devletlerin kolluk kuvvetleri personeli tarafından orantısız güç kullanılmasını kovuşturma yükümlülüğünü vurgulamıştır.⁷⁹⁷ Avrupa İnsan

⁷⁹²Genel Kurul Kararı 57/214 (2003), Giriş para 5, ve 55/111 (2001).

⁷⁹³İnsan Hakları Komisyonu kararlar E/CN.4/RES/2003/53, para 4, E/CN.4/RES/2002/36, para 4, E/CN.4/RES/2001/45, para 6, E/CN.4/RES/2000/31, para 4, E/CN.4/RES/1999/35 ve E/CN.4/RES/1998/68, para 4.

⁷⁹⁴Hukuk dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazlar Özel Raportörünün Ara Raporu, BM Bel A/55/288 (2000), para 48; Hukuk dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazlar Özel Raportörünün Raporları, BM Bel A/57/138 (2002), para. 22-27, ve BM Bel E/CN.4/2004/7/Add.3 (2004) – Brezilya görevine ilişkin rapor, para. 55-64, 87.

⁷⁹⁵İnsan Hakları Komitesi, 6. Maddeye İlişkin Genel Yorum No.6 BM Bel HRI/GEN/1/Rev 6 (1982), para 3.

⁷⁹⁶Coronel et al / Kolombiya, İnsan Hakları Komitesi Kararı 778/1997, BM Bel CCPR/C/70/D/778/1997 (2000), para 10.

⁷⁹⁷İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Almanya, BM Bel CCPR/CO/80/DEU (2004), para. 15, 16; Litvanya, BM Bel CCPR/CO/80/LTU (2004), para 10; Uganda, BM Bel CCPR/CO/80/UGA (2004), para 16.

Hakları Mahkemesi,⁷⁹⁸ Amerikalılar-arası Mahkeme ve Komisyon⁷⁹⁹ ve Afrika İnsan (ve Halkların) Hakları Komisyonu,⁸⁰⁰ yaşam hakkı ihlali faillerinin kovuşturulması ve cezalandırılması gerektiğine karar vermişlerdir. Evrensel yargılama ilkesi de dahil olmak üzere, hukuk dışı, yargısız ve keyfi infazların cezalandırılması ödevi, Hukuk dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri'nin 18. maddesinde de yer almaktadır.⁸⁰¹ Ciddi İnsan Hakları İhlalinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkelerinin V. İlkesi, "ister devlet görevlileri isterse özel kişilerce olsun bireyler öldürüldüğünde veya tüm şüpheli ölüm vakalarında, etkili bir soruşturma yapılması gerektiğini" vurgulamaktadır. "Bu ödev aynı zamanda mağdurun ölüm ölmediğinin belli olmadığı durumlarda ve zorla kaybedilme durumlarında olduğu gibi koşulların şüpheli olduğuna inanmak için sebepler bulunduğu hallerde de ortaya çıkar."

Zorla Kaybedilmeler

BM Genel Kurulu, "zorla kaybedilme konusundaki cezasızlığın, bu olgunun sürekliliğine katkıda bulunduğunu ve çeşitli tezahürlerinin aydınlatılmasının önündeki engellerden birini teşkil ettiğini hatırlatır ve bu bağlamda kendi yetki sınırları dahilinde bölgede zorla kaybedilmenin meydana geldiğine inanmak için bir neden olduğu her durumda yetkili organlarının hızlı ve tarafsız soruşturmalar yapmalarını ve iddiaların doğrulanması halinde faillerin yargılanmasını güvence altına alma ihtiyacını" hatırlatmıştır.⁸⁰²

⁷⁹⁸Osman / Birleşik Krallık, AİHM, 28 Ekim 1998, Reports 1998-VIII, para 116.

⁷⁹⁹Riofrío Massacre (Kolombiya), AAİHK, Report No. 62/01, Dava 11.654, 6 Nisan 2001, para 84(1); Extrajudicial Executions and Forced Disappearances of Persons (Peru), AAİHK, Report No. 101/01, Davalar 10.247 et al, 11 Ekim 2001, para 253(2); Caracazo Case (Telafi), AAİHM, 29 Ağustos 2002 tarihli karar, Series C No. 95, para 115.

⁸⁰⁰Sudan Human Rights Organisation et al. and Centre on Housing Rights and Evictions / Sudan, AİHHK Karar 279/03 ve 296/05 (2009), para 229(c).

⁸⁰¹Kolluk Kuvvetleri Tarafından Güç ve Silah Kullanılmasına Dair Temel İlkeler, İlke 7.

⁸⁰²Genel Kurul kararları 57/215 (2003), para 4; 49/193 (1994); 51/94 (1996); 53/150 (1998). Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komisyonu zorla kaybedilmelere ilişkin kararlar: 2003/38, para 5(c), 2002/41, para 5(c), 2001/46, para 5(c), 2000/37, para 5(c), 1999/38, para 5(c), 1998/40, para 5(c), 1997/28, para

Zorla kaybedilmelerin kovuşturulması ve cezalandırılması yükümlülüğü, Bütün İnsanların Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Sözleşmesinin 3. ve 6-10. maddelerinde, Bütün İnsanların Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Hakkında BM Bildirgesinin 4. maddesinde ve Kişilerin Zorla Kaybedilmesine İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşmenin I ve IV. maddelerinde de yer almaktadır.

Zorla veya İrade Dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu, zorla kaybedilme vakalarının faillerinin önlenmesi ve cezalandırılması arasındaki içsel ilişkinin altını çizmiştir:

“Önleyici tedbirlere dönülecek olursa Grup şunları vurgulamak ister: ... zorla kaybetme eylemi yapmakla suçlanan tüm kişileri adalet önüne getirme, bunların yalnızca yetkili sivil mahkemelerce yargılanmalarını garanti altına alma ve herhangi bir özel aftan veya cezai kovuşturmalardan veya yaptırımlardan muafiyet getirebilecek muhtemel kanun veya benzeri tedbirlerden yararlanmalarını sağlama... Çalışma Grubu, zorla veya irade dışı kaybedilme faillerinin cezasız kalmasının, sadece adalet arayışı için değil, aynı zamanda etkili bir önleme için de bir şart olduğu konusunda ikna olmuş durumdadır.”⁸⁰³

Zorla kaybedilme vakalarının faillerini cezalandırma ödevi İnsan Hakları Komitesi,⁸⁰⁴ Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve

5(b), 1996/30, para 14, 1995/38, para 13, 1994/39, para 15, ve 1993/35, para 5.

⁸⁰³Zorla veya İrade Dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu Raporu, BM Bel E/ CN.4/2003/70 (2003), para 139.

⁸⁰⁴Bkz. İnsan Hakları Komitesi Kararları: Nydia Erika Bautista / Kolombiya, BM Bel CCPR/C/55/D/563/1993 (1995), para 8.6, 10; José Vicente y Amado Villafañe Chaparro / Kolombiya, BM Bel CCPR/C/60/D/612/1995 (1997), para 8.2; Coronel et al / Kolombiya, BM Bel CCPR/C/70/D/778/1997 (2000), para 10. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri Kolombiya, BM Bel, CCPR/ CO/80/COL (2004), para 10.

Mahkemesi,⁸⁰⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁸⁰⁶ ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu⁸⁰⁷ tarafından da teyit edilmiştir.

İnsanlığa karşı suçlar

Son olarak, insanlığa karşı işlenen suçların Devletlere kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü yüklediği şüphesizdir. Bu Uluslararası Askeri Mahkeme Nürnberg Şartında⁸⁰⁸ ve daha sonra Eski Yugoslavya Uluslararası Mahkemesi,⁸⁰⁹ Ruanda Uluslararası Mahkemesi⁸¹⁰ ve Uluslararası Ceza Mahkemesi⁸¹¹ Statülerinde düzenlenmiştir. Ayrıca, Nürnberg Şartı tarafından tanınan Uluslararası Hukuk İlkelerinin Onaylanmasına ilişkin 11 Aralık 1946 tarihli ve 95 (1) sayılı Kararda, Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına İlişkin Sözleşme ve savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarla suçlanan kişilerin yakalanması, tutuklanması, iadesi ve cezalandırılmasında uluslararası işbirliği ilkelerinde⁸¹² teyit edilmiş ve Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1996 tarihli *Barişa ve İnsan Güvenliğine Karşı Suçlar Kanunu Tasarısı'nda* düzenlenmiştir.

⁸⁰⁵Velásquez Rodríguez / Honduras, AAİHM, 29 Temmuz 1988 tarihli karar, Series C No. 4, para 166 (ayrıca bkz para 175); Raúl Zevallos Loayza et al (Peru), AAİHK, Report 52/99, Davalar 10.544 et al, 13 Nisan 1999, para 123; Extrajudicial Executions and Forced Disappearances of Persons (Peru), AAİHK, Report No. 101/01, Davalar 10.247 et al, 11 Ekim 2001, para 253(2).

⁸⁰⁶Kurt / Türkiye, AİHM, 25 Mayıs 1998 tarihli karar, Report 1998-III, para 140. Ayrıca bkz. Avrupa Konseyi Ciddi İnsan Hakları İhlalleri İçin Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Rehber İlkeler, İlkeler V ve VII-X.

⁸⁰⁷Malawi African Association et al / Moritanya, AİHHK Kararlar 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97 ve 210/98 (2000).

⁸⁰⁸Uluslararası Askeri Mahkemesi Nürnberg Şartı, Madde 6(c).

⁸⁰⁹Eski Yugoslavya Uluslararası Mahkemesi Statüsü, Madde 5.

⁸¹⁰Ruanda Uluslararası Mahkemesi Statüsü, Madde 3.

⁸¹¹Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, Madde 7.

⁸¹²UHK Raporu, BM Bel A/51/10 (1996), Bölüm II(2), para. 46-48.

İnsanlığa karşı işlenen suçların, yalnızca insancıl hukuka ilişkin bir suç kategorisi olmadığı belirtilmelidir. Yaygın veya sistematik bir ölçekte işlenirse, ağır insan hakları ihlalleri de insanlığa karşı suç teşkil eder. Aslında, insancıl hukuk silahlı çatışma zamanlarında uygulanırken, insanlığa karşı suçlar barış zamanında da işlenebilir. İnsanlığa karşı suçların tanımı, silahlı bir çatışmanın bağlantısını gerektirmez. Nürnberg Şartında insanlığa karşı suçların düzenlenirken, bu suçları "savaştan önce veya savaş sırasında herhangi bir sivil topluma karşı işlenen cinayet, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer insanlık dışı eylemler" olarak tanımlamaktadır (vurgu eklenmiştir).⁸¹³ Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1996 tarihli *Barışa ve İnsan Güvenliğine Karşı Suçlar Kanunu Tasarısı*, insanlığa karşı suçları, "sistematik bir şekilde veya büyük ölçekte işlendiğinde ve bir Hükümet veya herhangi bir kuruluş ya da grup tarafından başlatılması ya da yönlendirilmesi halinde, aşağıdaki fiillerden herhangi biri" şeklinde tanımlamaktadır.⁸¹⁴ Aynı doğrultuda, insanlığa karşı suçları "herhangi bir sivil nüfus aleyhine yapılan yaygın ya da sistematik saldırıların bir parçası olarak ve ... bilgisi dahilinde işlendiğinde, aşağıdaki fiillerden herhangi biri" şeklinde tanımlayan Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünde, silahlı çatışma gereğinden söz edilmemektedir.⁸¹⁵ Silahlı çatışma hukukuna atıfta bulunan savaş suçları tanımının aksine, insanlığa karşı suçların tanımı silahlı çatışmaya atıf yapmaz ve aslında suçun unsurları, tanımda sözü edilen saldırının "bir askeri saldırı teşkil etmesine gerek olmadığına" açıkça işaret eder.⁸¹⁶ Benzer şekilde, *Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Sözleşme*, insanlığa karşı suçların savaş

⁸¹³Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı, Madde 6.

⁸¹⁴UHK Raporu, A/51/10 (1996), Bölüm II(2), para. 46-48, Madde 18.

⁸¹⁵Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, Madde 7. Bu tanım, İnsan Hakları Komitesi tarafından, Sözleşmeye taraf devletlere yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüğün Niteliğine İlişkin 31. Nolu Genel Yorumda benimsenmiştir. BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para 18.

⁸¹⁶UCM Suçun Unsurları, ICC-ASP/1/3, Madde 7, para 3.

zamanında veya barış zamanlarında işlenebileceğini belirtir.⁸¹⁷

Soykırım

Kovuşturma ve cezalandırma ödevi içeren soykırım suçunun hem teamüli hem de sözleşmesel uluslararası hukukta bir suç teşkil ettiği de şüphe götürmez.⁸¹⁸ Bu, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin IV, V ve VI. maddelerinde yer almaktadır. 1994 yılında Güvenlik Konseyi, 955 sayılı Kararıyla "sadece Ruanda sınırları içinde işlenen soykırım ve uluslararası insancıl hukukun diğer ciddi ihlallerinden sorumlu kişilerin ve komşu ülkelerde işlenen soykırım ve diğer bu tür ihlallerden sorumlu Ruanda vatandaşlarının kovuşturulması amacıyla" Uluslararası Ruanda Mahkemesi kurulmuştur.⁸¹⁹ Soykırım Suçu, şimdi Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünün 6. maddesinde yer almaktadır. Uluslararası Adalet Divanı, Sırbistan'ın, diğerlerinin yanı sıra, soykırım suçu konusunda da yetkisi olan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'yle tam olarak iş birliği yapamamasının devletin Soykırım Sözleşmesinden kaynaklanan cezalandırma yükümlülüğünün ihlalini teşkil ettiğini teyit etmiştir.⁸²⁰

Savaş suçları

Birçok ağır insan hakları ihlali, silahlı bir çatışma sırasında işlendiklerinde savaş suçu teşkil eder.⁸²¹ Savaş suçları olarak bunlar

⁸¹⁷Zamanaşımının Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Uygulanmamasına İlişkin Sözleşme, Madde I(b).

⁸¹⁸Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmeye Konan Çekinceler (Danışma Görüşü), (1951) ICJ Reports 15.

⁸¹⁹Güvenlik Konseyi kararı 955 (1994), para 1.

⁸²⁰Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin Uygulanması (Bosna Hersek / Sırbistan ve Karadağ), YUCM 26 Şubat 2007 tarihli karar, para. 439-449.

⁸²¹Silahlı çatışma dönemlerinde insan haklarına uygulanmasına ilişkin olarak bkz. İşgal edilen Filistin Topraklarına Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları (Danışma Görüşü), UAD 9 Temmuz 2004 tarihli karar; İnsan Hakları Komitesi, Sözleşmeye taraf Devletlere Yüklenen Genel Hukuki Yükümlülüğün Niteliğine İlişkin 31. Nolu Genel Yorum, BM Bel CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para 11; UKHK Başkanının, İnsan Hakları Komisyonunun 60. Yıllık toplantısında yaptığı konuş-

devlete kovuşturma yapma ve cezalandırma uluslararası ödevini yüklerler. Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlallerini kovuşturma ve cezalandırma görevi, 1949'daki Cenevre Sözleşmelerinde ve daha sonra Ek 1. Protokolde düzenlenmiştir.⁸²² Sözleşmeler, ağır ihlaller işleyen ya da işlenmesini emreden kişilere etkili cezai yaptırımlar sağlamak ve biyolojik deneyler, kasten büyük acıya ya da ciddi bedensel yaralanmaya sebep olma, hukuka aykırı olarak sınır dışı etme, hukuka aykırı olarak kişiyi hürriyetinden mahrum etme, adil yargılanma hakkından mahrum etme ya da rehin alma da dahil olmak üzere kasten öldürme, işkence veya insanlık dışı muamele gibi korunan kişilere karşı işlenen suçlar için zorunlu bir evrensel yargılama sistemi için gerekli yasaları yürürlüğe koyma zorunluluğu getirmiştir.⁸²³ Zorunlu evrensel yargılama sistemi, herhangi bir Devletin "ağır ihlalleri işlediği ya da işlenmesini emrettiği iddia edilen kişileri araştırma, ve bu kişileri uyuşuna bakılmaksızın kendi mahkemeleri önüne getirme konusunda" -yalnızca hakkı değil- aynı zamanda ödevi olduğu anlamına gelir. Ayrıca, eğer isterse ve kendi mevzuatının hükümlerine uygun olarak, bu kişileri yargılanmak üzere ilgili başka bir Yüksek Akit Tarafa, bu Yüksek Akit Tarafından daha önce böyle bir talepte bulunması koşuluyla teslim edebilir. Cenevre Sözleşmelerinin neredeyse bütün devletler tarafından onaylanmış olması ve birçok Devletin çıkardığı uygulama yasaları, ağır ihlallerde bulunduğunu iddia edilen kişileri kovuşturma veya iade etme yükümlülüğünün, uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu sonucuna varılmasını sağlayan bir Devlet uygulaması ve görüş birliği bulunduğu kanıtıdır.

ma, 17 Mart 2003.

⁸²²Birinci Cenevre Sözleşmesi, Madde 49; İkinci Cenevre Sözleşmesi, Madde 50; Üçüncü Cenevre Sözleşmesi, Madde 129; Dördüncü Cenevre Sözleşmesi, Madde 146; Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol, Madde 85(1).

⁸²³Örnekler Üçüncü Cenevre Sözleşmesi, Madde 130, ve Dördüncü Cenevre Sözleşmesi, Madde 147'den alınmıştır.

Uluslararası uygulama, Lahey Sözleşmesi ve Düzenlemelerinin ihlali ve benzeri ihlaller⁸²⁴ ile 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesinde ortak olan 3. maddenin ciddi ihlalleri ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen diğer savaş hukuku ve teamüllerinin ciddi ihlalleri gibi diğer savaş suçlarını⁸²⁵ kovuşturma ve cezalandırma ödevini geliştirecek şekilde evrilmiştir.⁸²⁶

Diğer ağır insan hakları ihlalleri

Ağır insan hakları ihlalleri kavramı dinamiktir ve zaman içinde gelişmektedir. Bunların özelliklerinden biri, sıklıkla uluslararası hukukta suç olarak düzenlenmiş olmalarıdır. Bu nedenle, kölelik⁸²⁷, insan kaçakçılığı,⁸²⁸ çocuk pornografisi⁸²⁹ veya şiddet içeren ırk

⁸²⁴UKHK, Uluslararası İnsancıl Teamül Hukukuna Dair Çalışma, Kural 158 (Savaş Suçlarının Kovuşturması).

⁸²⁵Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı, Madde 6(b); UHK, Nürnberg Mahkemesi Şartında ve Mahkemenin Kararlarında tanınan Uluslararası Hukuk İlkeleri, (1950) II Yearbook of the ILC, İlke VI(b); UHK, İnsanlığın Barışı ve Güvenliği Aleyhine Suçlar Yasa Taslağı, (1996) II(2) Yearbook of the ILC, Madde 20; YUCM Statüsü, Madde 3. YUCM Statüsünün 3. Maddesi, İstinaf Dairesi tarafından hem uluslararası hem de iç silahlı çatışmaları kapsadığı şeklinde yorumlanmıştır– bkz.: Prosecutor / Tadic, İstinaf Dairesi, 2 Ekim 1995, tarihli karar IT-94-1, para 94. Ayrıca bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, Önsöz ve Madde 8.

⁸²⁶Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nikaragua / Amerika Birleşik Devletleri) (Esas), (1986) ICJ Reports, para 218; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, Madde 4; Prosecutor / Tadic, YUCM İstinaf Dairesi, 2 Ekim 1995 tarihli karar, IT-94-1, para 134 (devlet uygulamalarına pek çok atıf bulunmaktadır); Prosecutor / Delalic ("Celibici" davası), YUCM İstinaf Dairesi, 20 Şubat 2001 tarihli karar, IT-96-21, paras 153-173; Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, Madde 8(2)(c) ve (e).

⁸²⁷Siliadin / Fransa, AİHM, 26 Temmuz 2005, para 89.

⁸²⁸Uluslararası Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Kaçakçılığının, Özellikle Kadın ve Çocuk Kaçakçılığının Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılmasına Dair Protokol, Madde 5. Ayrıca bkz. Rantsev / Kıbrıs ve Rusya, AİHM, 7 Ocak 2010, para. 284-285.

⁸²⁹Çocuk satışı, çocuk fuhuşu ve çocuk pornografisine ilişkin Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol, Maddeler 3, 4 ve 5.

ayrımcılığı⁸³⁰ eylemleri gibi Devletlerin kovuşturması ve cezalandırmasını gerektiren başka ihlaller de vardır.

Devletlerin, -ister doğrudan fail veya dolaylı fail ya da işbirlikçileri olsun- ağır insan hakları ihlalleri faillerini, özellikle de işkence ve zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza, hukuka aykırı öldürme, zorla kaybedilme, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve savaş suçlarının faillerini kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü olduğunda kuşku yoktur.

8.2 Mağdurların, yakınlarının ve tanıkların ceza muhakemesi sürecindeki hakları

Kovuşturma ve cezalandırma, mağdurlar için bir telafi önlemidir. Mağdurlara kovuşturma sürecinin nesnelere gibi değil de öznelere gibi muamele edilirse ancak düzeltici bir işlevleri olabilir. Bu gide- rek daha fazla kabul görmüştür ve uluslararası hukuk, mağdurların ve tanıkların haklarını ve çıkarlarını korumak için ceza sürecindeki gereklilikleri daha ayrıntılı bir şekilde tanımlamaya başlamıştır.⁸³¹

⁸³⁰IAOKS, Madde 4(a). Bkz. IAK Sonuç Gözlemleri: İtalya, BM Bel CERD/C/304/Add.68 (1999), para. 9 ve 14; Almanya, BM Bel CERD/C/304/Add.115 (2001), para 14(c); Fransa, BM Bel CERD/C/304/Add.91 (2000), para 11; Çek Cumhuriyeti, BM Bel CERD/C/63/CO/4 (2003), para 15; Finlandiya, BM Bel CERD/C/63/CO/5 (2003), para 9. Ayrıca bkz.; Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, Irkçılık ve Irk Ayrımcılığı ile Mücadelede Ulusal Yasalar Üzerine Genel Politika Tavsiyesi No. 7, 13 Aralık 2002, CRI (2003) 8, para. 5-7, 1-23, 28; Nachova and others / Bulgaristan, AİHM, 26 Şubat 2004, para. 157, 158; Menon and Others / Birleşik Krallık, AİHM, No. 47916/99; Irkçılık, Irk Ayrımcılığı, Yabancı Düşmanlığı ve İlgili Hoşgörüsüzlüğe Karşı Dünya Konferansı Eylem Programı, para. 84-89.

⁸³¹Mağdurların, tanıkların ve bunların yasal temsilcilerinin katılımı ve korunmasının önemi BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından da vurgulanmıştır- bkz. Mesela, kararlar: 2003/72 (cezasızlık), para 8; 2003/38 (zorla ya da irade dışı kaybedilmeler), para 4(c).

Uluslararası hukuka göre bir ceza soruşturmasının yerine getirmesi gereken şartların çoğu, yukarıda açıklandığı gibi soruşturmaya ilgili olarak uluslararası kuruluşlar tarafından belirlenen standartlardan ve adil yargılanma ilkelerinden türetilebilir.⁸³² Bu, soruşturmanın kovuşturmanın ilk aşaması olduğu gerçeğinden kaynaklanmaktadır, bu nedenle devletlerin soruşturma veya kovuşturma yapmakta başarısız olması karşısında uluslararası organların soruşturma yöntemlerine odaklanmaları söz konusudur.

Suç mağdurlarıyla ilgili uluslararası standartların çoğu, insan hakları ve insancıl hukukun ciddi ihlallerinin mağdurları için de geçerlidir, çünkü bu ihlaller genellikle suç teşkil eder. 1985 yılında Genel Kurul tarafından kabul edilen Suç Mağdurları ve İktidarın Kötüye Kullanımına İlişkin Temel Adalet Prensipleri Bildirgesi, açıkça suç mağdurları tanımına suçun kötüye kullanılması mağdurlarını da dahil etmiştir.⁸³³ Bu ilkelerin ötesinde, Avrupa Birliği'nin Ceza Yargılamasında Mağdurların Durumuna İlişkin Konsey Çerçeve Kararı⁸³⁴ ve 1985 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Hukukunda ve Ceza Muhakemesinde Mağdurların Durumuna İlişkin Tavsiye Kararı gibi diğer ilkeler kendi Üye Devletlerinde geçerlidir.⁸³⁵ Son olarak, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, Mahkemenin Yazı işlerinde, bir Mağdurlar ve Tanıklar Birimi'nin ku-

⁸³²Bkz. Yukarıda Bölüm 3, başlık 3.2.

⁸³³Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri Bildirgesi, İlke 1.

⁸³⁴Avrupa Birliği, Mağdurların ceza davalarındaki konumuna ilişkin 15 Mart 2001 tarihli Konsey Çerçeve Kararı, 2001/220/JHA, pp.0001-0004. Avrupa Birliği Anlaşmasının 34(2)(b) Maddesine göre Çerçeve kararlar üye devletler için bağlayıcıdır. Devletler öngörülen sonucu sağlamakla yükümlüdür, fakat araçların ve yöntemlerin tercihi ulusal makamlara bırakılmıştır; bununla birlikte doğrudan etkili değildirler, yani yararlanan kişiler doğrudan bunların hükümlerine dayanamazlar.

⁸³⁵Tavsiye No. R(85)11 (1985) ceza hukuku ve ceza usul hukukunda mağdurların durumuna ilişkin.

rulmasını öngörmektedir.⁸³⁶ Usule ve Delillere ilişkin İçtüzük, mağdurların ve tanıkların korunmasına yönelik alınacak diğer önlemleri içermektedir.

Bu belgelerde öngörülen tedbirlerin tamamına ayrı ayrı atıf yapılmaksızın, hepsinde öngörülen tedbirler şöyle özetlenebilir:

- Mağdurların ve tanıkların güvenliği ve mahremiyet hakkı, özellikle kötü muamele, tehdit veya misillemeye karşı güvence altına alınmalıdır.⁸³⁷ Kadınlar ve çocuklar özellikle korunmalıdır.⁸³⁸
- Bunların onurlarına saygı gösterilmeli ve davaları görülürken verilecek sıkıntı en aza indirilmelidir.⁸³⁹
- Mağdurlar, sanık haklarına hanel getirmeksizin çıkarlarını

⁸³⁶Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, Madde 43(6).

⁸³⁷Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge Madde 13(3) ve (5); Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirgesi, madde 6(d); IKS, Madde 13; Yargısız İnfazlara Dair BM İlkeleri, İlke 15; İşkencenin Soruşturulmasına Dair BM İlkeleri, İlke 3(b); Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, İlke 12(d); Avrupa Birliği, Mağdurların ceza davalarındaki konumuna ilişkin 15 Mart 2001 tarihli Konsey Çerçeve Kararı, 2001/220/JHA, Madde 8; AK Tavsiye No. R(85)11 (1985) ceza hukuku ve ceza usul hukukunda mağdurların durumuna ilişkin, F.15.

⁸³⁸Çocuk Haklarına Dair Bildirge, Madde 2; ÇHS, Maddeler 3(1), 19, 39; Uluslararası Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Kaçakçılığının, Özellikle Kadın ve Çocuk Kaçakçılığının Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılmasına Dair Protokol, Madde 8; KKAOKS, Madde 5(b).

⁸³⁹Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, İlke 10, 12(b); Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri Bildirgesi, İlke 4; Avrupa Birliği, Mağdurların ceza davalarındaki konumuna ilişkin 15 Mart 2001 tarihli Konsey Çerçeve Kararı, 2001/220/JHA, Madde 8; AK Tavsiye No. R(85)11 (1985) ceza hukuku ve ceza usul hukukunda mağdurların durumuna ilişkin, I.C.8.

savunabilmeli, işlemlerde dinlenebilmeli ve delil sunabilmelidir.⁸⁴⁰ Çıkarlarını savunmak için müdahillik gibi geniş bir hukuki statüye sahip olmaları gerekir.⁸⁴¹ Haklarının yanı sıra işlemlerin şekli ve sonuçları hakkında bilgi alma hakkına sahiptirler.⁸⁴² Davaya devam etmeme (kovuşturmaya yer olmadığına) kararlarına karşı da bir başvuru yoluna (çözüme) sahip olmalıdırlar.⁸⁴³

- Basit ve erişilebilir bir prosedür ile düzeltme talebinde bulunabilmelidirler.⁸⁴⁴ Yargısal işlemler gecikmeden yapılmalıdır.⁸⁴⁵

⁸⁴⁰Uluslararası Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Kaçakçılığının, Özellikle Kadın ve Çocuk Kaçakçılığının Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılmasına Dair Protokol, Madde 6(2); Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirgesi, Madde 6(b); Avrupa Birliği, Mağdurların ceza davalarındaki konumuna ilişkin 15 Mart 2001 tarihli Konsey Çerçeve Kararı, 2001/220/JHA, Madde 8; AK Tavsiye No. R(85)11 (1985) ceza hukuku ve ceza usul hukukunda mağdurların durumuna ilişkin, I.D.

⁸⁴¹Cezasızlıkla mücadele yoluyla insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için ilkeler seti Güncellenmiş İlkeler, BM Bel E/CN.4/2005/102 (2005), İlke 19.

⁸⁴²Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirgesi, Madde 4, 6(a); Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, İlke 19. AK Tavsiye No. R(85)11 (1985) ceza hukuku ve ceza usul hukukunda mağdurların durumuna ilişkin, I.D.9.

⁸⁴³Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirgesi, Madde 6(b); Avrupa Konseyi, Mağdurların ceza davalarındaki konumuna ilişkin 15 Mart 2001 tarihli Konsey Çerçeve Kararı, Resmi Gazete, L 082 (2001), Madde 4; AK Tavsiye No. R(85)11 (1985) ceza hukuku ve ceza usul hukukunda mağdurların durumuna ilişkin, I.B.6; Hugh Jordan / Birleşik Krallık, AİHM, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, Reports 2001-III, para 122.

⁸⁴⁴Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirgesi, Madde 5 ve 6; Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, İlke 12(d).

⁸⁴⁵Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirgesi, Madde 6(e).

- Hukuki ve psikolojik danışma ve tavsiyelere, gerektiğinde hukuki yardıma ve çeviriye erişimi olmalıdır.⁸⁴⁶
- Mağdurların ve akrabalarının ve tanıkların haklarına saygı gösterilmesini sağlamak için polis ve adli personel eğitilmelidir.

Özet

Deneyimler, insan hakları ihlallerinin mağdurlarının adalete olan ihtiyacının telafinin temel ve gerekli bir parçası olduğunu göstermiştir. Bu, tazminat gibi diğer telafi biçimlerinin yalnızca göstermelik pişmanlık önlemleri olarak verilmediğine, fakat bir toplumdaki insan hakları ihlallerini yasaklama ve ortadan kaldırma konusunda gerçek bir kararlılık olduğuna dair kanıt sunmanın bir yoludur. Devletlerin bu pozitif yükümlülüğünün temel önemi, yalnızca bazı anlaşmalarda açıkça yer almasına rağmen, tüm insan hakları organlarının oybirliğiyle doğrudan Devlet yükümlülüklerinden kaynaklandığını kabul etmeleri gerçeğinde görülmektedir.

Geçtiğimiz on yıllar boyunca, uluslararası organlar kovuşturma ve cezalandırma ödevini yorumlamış ve geliştirmiştir. İlk olarak, bazı ağır insan hakları ihlalleri için disiplin yaptırımlarının yeterli olmadığını ve cezai yaptırımların gerekli olduğunu açıkça ortaya koymuşlardır. Aynı zamanda, mağdurların ve tanıkların etkin bir şe-

⁸⁴⁶Çözüm ve Telafiye İlişkin BM İlkeleri, İlke 12(c); Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri BM Bildirgesi, Madde 14-17; Avrupa Konseyi, Mağdurların ceza davalarındaki konumuna ilişkin 15 Mart 2001 tarihli Konsey Çerçeve Kararı, Resmi Gazete, L 082 (2001), Madde 4; AK Tavsiye No. R(85)11 (1985) ceza hukuku ve ceza usul hukukunda mağdurların durumu na ilişkin, I.A.2.

kilde katılımlarının adalet ve telafi süreçlerinin önemli bir parçası olduğunu giderek daha fazla tanımak suretiyle bunların haklarını geliştirmişlerdir.

İnsancıl hukuk ihlalleri ve ağır insan hakları ihlalleri için cezai sorumluluk ilkesinin olası istisnaları konusunda bazı tartışmalar devam etse de, bu ilkenin uluslararası hukukta kesin olarak yer aldığına kuşku yoktur. Takip eden bölümdeki af ve zamaşımı meselelerini tartışırken bunun akılda tutulması gerekir.

9. Kovuşturma ve Cezalandırma Engelleri: Askeri Mahkemelerin Yetkileri; Af Kanunları; Zamanaşımı

Ancak, adalet, daha zengin, daha incelikli bir kavramdır. İçinde cezalandırıcı düşünceler içerdiğinde kuşku yoktur, fakat aynı zamanda, özünde, adalet sürecinde ve aynı zamanda sonucunda, daha ziyade pişmanlık bulunduğu inancını içerir. Yalanlar ve aldatmanın yerine hakikati yüceltir... Adalet sürecinin terk edilmesi -hatta ertelenmesi- hukuka itaat edenleri tahkir ve korunmaları için hukuka güvenenlere ihanettir; intikam için güç kullanılmasına bir çağrıdır ve bu nedenle de barışın iflasıdır.⁸⁴⁷

Uluslararası insan hakları hukukunun ve uluslararası insanlı hukukun ciddi ihlalleri ile ilgili olarak kovuşturma ve cezalandırma ödevi şimdi, bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kesin bir şekilde yerleşmiş olmakla birlikte, devletler tarafından uygulanması birçok engelle karşılaşmaktadır. İnsan hakları ihlallerinin faillerini adalet önüne getirmenin önündeki engellerin bazıları uluslararası uygulamalarda ve içtihadta ele alınmıştır: silahlı kuvvetler mensuplarını cezai sorumluluktan koruyan askeri mahkemelerdeki yargılamalar; ağır insan hakları ihlalleri için aflar; uluslararası hukuka göre suç teşkil eden fiiller için zamanaşımı.

Bir önceki bölümde belirtildiği gibi, bu engeller, Devletin ağır insan hakları ihlallerinin faillerini kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğünü ve mağdurların adalet haklarını ihlal eden cezasızlık durumlarına yol açabilir. Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin sözleriyle, cezasızlık "insan hakları ihlallerinin kronik olarak tekrarlanmasını ve mağdurların ve akrabalarının tümünden savunmasız kalmasını doğurur".⁸⁴⁸ Ayrıca, mağdurların telafi elde etme hakla-

⁸⁴⁷BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri Louise Arbour'un 14 Mart 2005 tarihinde İnsan Hakları Komisyonu'nun 61.Toplantısının açılışında yaptığı konuşma.

⁸⁴⁸Panel Blanca Case / Guatemala, AAİHM, 8 Mart 1998 tarihli karar, Series C

rının önünde bir engel teşkil etmektedir. Telif hakkı konusunda Özel Raportörün belirttiği gibi: "Aslında Devlet makamları olayları araştıramaz ve ceza sorumluluğunu tesis edemezse, mağdurların veya akrabalarının adil ve yeterli bir telif elde etmek amacıyla adli süreçleri sürdürmeleri çok zorlaşır".⁸⁴⁹

9.1 Askeri Yargılmalarda Cezasızlık

Deneyimler, askeri mahkemelerce ağır insan hakları ihlallerinin yargılanmasının sık sık bu ihlallerin cezasız kalmasına, etkili bir çözüm hakkının (özellikle sorumluların kovuşturulmasına ve cezalandırılmasına öncülük eden) reddedilmesine ve mağdurların telif hakkının reddine yol açtığını göstermiştir. Bu yinelenen olgu, uluslararası organların, ağır insan hakları ihlallerinin askeri mahkemeler tarafından değil sivil mahkemeler tarafından yargılanması gerektiği yönünde kararlar vermelerine neden olmuştur.

Uluslararası normlar söz konusu olduğunda, ağır insan hakları ihlallerini sivil mahkemelerde kovuşturma ve cezalandırma zorunluluğu, zorla kaybedilme konusundaki uluslararası belgelerde, yani, Zorla Kaybedilmeye Karşı Bütün Kişilerin Korunması Bildirgesinin 16/2. maddesi ve Kişilerin Zorla Kaybedilmesine İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşmenin IX maddesinde yer almaktadır.⁸⁵⁰

Birleşmiş Milletler sistemi

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Sivil Savunma Kuvvetleri Kararında "bu güçlerin insan hakları ihlallerini içeren suçlarının sivil mahkemelerin yargı yetkisine tabi olmasını" tavsiye etmiştir.⁸⁵¹

No. 37, para 173; Bámaca Velásquez / Guatemala, AAİHM, 25 Kasım 2000 tarihli karar, Series C No. 79, para 211.

⁸⁴⁹Ağır insan hakları ve temel özgürlükler ihlallerinin mağdurları için eski hale iade, tazminat ve rehabilitasyon haklarına ilişkin çalışma, BM Bel E/CN.4/Sub.2/8 (1993), para. 126-127.

⁸⁵⁰Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komisyonu Kararı 1994/39, para 21.

⁸⁵¹İnsan Hakları Komisyonu Kararları: 1994/67, para 2(f), and 1994/39, para 21.

Ayrıca, Ekvator Ginesi'ne ilişkin kararlarında, askeri mahkemelerin yetkisinin, kesinlikle askeri personel tarafından işlenen askeri suçlarla sınırlı olması ve sivil nüfusa karşı işlenen suçları kapsamaması gerektiğini tavsiye etmiştir.⁸⁵² İnsan Hakları Komisyonunun birçok uzmanı, ağır insan hakları ihlali iddialarının bulunduğu durumlarda askeri personelin askeri mahkemeler tarafından yargılanmalarına karşı olduklarını dile getirmişlerdir: hukuk dışı, yargısız ve keyfi tutuklamalar Özel Raportörü,⁸⁵³ işkence Özel Raportörü,⁸⁵⁴ hakimlerin ve avukatların bağımsızlığı Özel Raportörü,⁸⁵⁵ insan hakları savunucuları konusunda Özel Temsilci,⁸⁵⁶ Guatemala'daki insan hakları sorununa ilişkin Özel Raportör,⁸⁵⁷ Ekvator Ginesi'ndeki insan hakları sorununa ilişkin Özel Raportör,⁸⁵⁸ Zorla ve İrade dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu,⁸⁵⁹ ve Keyfi Gözaltılar Çalışma Grubu.⁸⁶⁰ Alt Komisyonun cezasızlık sorunuyla ilgili Özel Raportörü⁸⁶¹ ve askeri mahkemelere ilişkin Uzmanı

⁸⁵²İnsan Hakları Komisyonu Kararları: 1998/71, para 9(a); 1999/19, para 8(a); 2000/19, para 2(e); 2001/22, para 2(e).

⁸⁵³İnsan Hakları Komisyonu Kararları: 2000/3, para 89; 2001/9, para 62; 1998/68, para V.B.3.

⁸⁵⁴Hukuk dışı, yargısız ve keyfi tutuklamalar Özel Raportörü Raporları: BM Bel E/CN.4/2002/76 (2001), Ek 1, Tavsiye (j); BM Bel E/CN.4/2003/68 (2002), para 26(k).

⁸⁵⁵Yargıçların ve Avukatların bağımsızlığı Özel Raportörünün Raporları, BM Bel E/CN.4/1998/39/Add.2 (1998), para 7.

⁸⁵⁶İnsan Hakları Savunucuları sorununa ilişkin Özel Temsilcinin Raporları: BM Bel A/57/61 (2001), para 47; BM Bel E/CN.4/2002/106/Add.2 (2002), para. 183, 184.

⁸⁵⁷Gutemala'da insan haklarının durumu Özel Raportörünün Raporları: BM Bel E/CN.4/1996/15 (1995), para 129; BM Bel E/CN.4/1997/90 (1997), para 23.

⁸⁵⁸Ekvator Ginesi'nde insan haklarının durumu Özel Raportörünün Raporu, BM Bel E/CN.4/2000/40 (2000), para 71.

⁸⁵⁹Zorla veya İrade Dışı Kaybedilmeler Çalışma Grubu Raporu, BM Bel E/CN.4/1994/26 (1993), para 45(i).

⁸⁶⁰Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu Raporları: BM Bel E/CN.4/2002/77/Add.2 (2002), para 77; BM Bel E/CN.4/1999/63 (1998), para. 49, 80(b).

⁸⁶¹Cezasızlıkla mücadele yoluyla insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için

da,⁸⁶² ağır insan hakları ihlallerinin askeri mahkemelerde yargılanması gerektiğini tavsiye etmiş ve Alt Komisyon'un Devletleri, insan hakları savunucularına karşı işlenen suçları olağan mahkemelerde soruşturmayla, kovuşturmayla ve cezalandırmaya çağırmıştır.⁸⁶³

İnsan Hakları Komitesi, ülkelere ilişkin sonuç gözlemlerinin birçoğunda, ağır insan hakları ihlallerinin askeri mahkemeler tarafından değil, sivil mahkemeler tarafından yargılanmasını tavsiye etmiştir.⁸⁶⁴ İşkenceye Karşı Komite de aynı şekilde tavsiyede bulunmuştur.⁸⁶⁵

ilkeler seti Güncellenmiş İlkeler, BM Bel E/CN.4/2005/102 (2005), İlke 29.

⁸⁶²Askeri Mahkemeler yoluyla Adaletin Gerçekleştirilmesine İlişkin Taslak İlkeler, BM Bel E/CN.4/2006/58 (2006), İlke 9.

⁸⁶³İnsan Hakları Komisyonu Alt-Komisyon Kararları: 1998/3, para 3; 1999/3, para 4.

⁸⁶⁴İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Kolombiya, BM Bel CCPR/C/79/Add.2 (1992), para. 5, 6; Kolombiya, BM Bel CCPR/C/79/Add.76 (1997), para. 18 ve 34; Venezüella, BM Bel CCPR/C/79/Add.13 (1992), para 7; Hırvatistan, BM Bel CCPR/C/79/Add.15 (1992), para 362; Brezilya, BM Bel CCPR/C/79/Add.66 (1996), para 10; Lübnan, BM Bel CCPR/C/79/Add.78 (1997), para 14; Şili, BM Bel CCPR/C/79/Add.104 (1999), para 9; Dominik Cumhuriyeti, BM Bel CCPR/CO/71/DOM (2001), para 10; Guatemala, BM Bel CCPR/CO/72/GTM (2001), para. 10 ve 20; Bolivya, BM Bel CCPR/C/79/Add.74 (1997), para 11; El Salvador, BM Bel CCPR/C/79/Add.34 (1994), para 5; Ekvador, BM Bel CCPR/C/79/Add.92 (1998), para 7; Mısır, BM Bel CCPR/C/79/Add.23 (1993), para 9; Şili, BM Bel CCPR/C/79/Add.104 (1999), para 9; Lübnan, BM Bel CCPR/C/79/Add.78 (1997), para 14; Polonya, BM Bel CCPR/C/79/Add.110 (1999), para 21; Kamerun, BM Bel CCPR/C/79/Add.116 (1999), para 21; Fas, BM Bel A/47/40 (1991), para 57; Suriye, BM Bel CCPR/CO/71/SYR (2001), para 17; Rusya Federasyonu, BM Bel CCPR/C/79/Add.54 (1995), para 25; Slovakya, BM Bel CCPR/C/79/Add.79 (1997), para 20; Özbekistan, BM Bel CCPR/CO/71/UZB (2001), para 15.

⁸⁶⁵İşkenceye Karşı Komite sonuçlar ve tavsiyeler: Peru, BM Bel A/51/44 (1996), para. 4 ve 5; Kolombiya, BM Bel CAT/C/CR/31/1 (2004), para 9(d)(ii) ve (iii).

Bölgesel sistemler

Amerikalılar-arası Mahkeme ve Komisyon, her ikisi de ağır insan hakları ihlallerin cezasız kalmasının temel nedenlerinden biri olarak bu ihlallerin askeri mahkemeler tarafından yargılanmasını şiddetle reddetmişlerdir. *Durand ve Ugarte* davasında Mahkeme şöyle demiştir:

“Demokratik bir hukuk devletinde, askeri ceza yargısının yetkisi kısıtlayıcı ve istisnai bir kapsama sahip olmalı ve yasaların askeri güçlere tanıdığı işlevlerle ilgili özel hukuki çıkarlarının korunmasına hizmet etmelidir. Sonuç olarak, siviller askeri yargı alanından çıkarılmalı ve yalnızca askerler, askeri düzenin hukuken korunan çıkarları aleyhine işlenen suç veya suçlar dolayısıyla yargılanmalıdır.”⁸⁶⁶

Mahkeme, silahlı kuvvetlerin aşırı güç kullanımının askeri suç olarak kabul edilemeyeceğine, fakat genel suç teşkil edeceğine, bu nedenle de soruşturmanın ve cezalandırmanın olağan mahkemelerce gerçekleştirilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁸⁶⁷ Mahkeme bu görüşü ağır insan hakları ihlalleriyle ilgili diğer davalarda da yinelemiştir.⁸⁶⁸ Askeri mahkemelerin yetkisini yalnızca askeri hizmetlerle ilgili suçlarla sınırlayan ve ağır insan hakları ihlallerini bu tanımın dışında tutan aynı işlevsel argümanı, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu da benimsemiştir. Komisyon, “Sözleşme’nin 2. maddesi uyarınca, taraf devletlerin, askeri mahkemelerin görev ve yetkilerini yalnızca tamamen askeri nitelikli suçlarla sınırlandırmak için gerekli yerel yasal tedbirleri almalarını; hiçbir koşul altında, askeri mahkemelerin insan hakları ihlalleri hakkında karar vermelerine izin vermemelerini” tavsiye etmiştir.⁸⁶⁹

⁸⁶⁶Durand and Ugarte / Peru, AAİHM, 16 Ağustos 2000 tarihli karar, Series C No. 68, para 117.

⁸⁶⁷Ibid, para 118.

⁸⁶⁸Castillo Petruzzi / Peru, AAİHM, 30 Mayıs 1999 tarihli karar, Series C No. 52, para. 127-130; Cantoral Benavides / Peru, AAİHM, 18 Ağustos 2000 tarihli karar, Series C No. 69, para 75.

⁸⁶⁹AAİHK, Yıllık Raporlar: 1992-1993, OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 14, corr. 1 (1993), Bölüm V, para VII.6 1986-1987, OAE/Ser.L/V/II.71, doc. 9, rev 1 (1987), Bölüm IV(b); 1993, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8, rev (1994), Bölüm V, at para IV, Nihai

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu da benzer şekilde şöyle demiştir: "Askeri Mahkemelerin tek amacı, askeri personel tarafından işlenen tamamen askeri nitelikteki suçları yargılamak olmalıdır".⁸⁷⁰

Özetle, askeri yargının yetkisi işlevsel bir kritere göre belirlenmelidir. Askeri mahkemeler, askeri personel tarafından işlenen askeri nitelikteki suçlar konusunda yetkili olmalıdır. Ağır insan hakları ihlalleri hiçbir şekilde askeri nitelikte suç olarak kabul edilemez ve bu nedenle prensip olarak askeri mahkemeler tarafından yargılanmaması gerekir.

9.2 Af Kanunları

Ağır insan hakları ihlallerinin faillerini sorumluluktan muaf tutan af ve benzeri önlemler, özellikle silahlı çatışmalardan sonra, yapısal cezasızlığa neden olabilir. Ancak, uluslararası uygulama, ağır insan hakları ihlalleri için af çıkarılmasını giderek reddetmektedir.

Uluslararası Belgeler

Suçların benzeri görülmemiş ağırlıkta ve yoğunlukta olması nedeniyle, Almanya'daki Nazi rejimi kapsamında işlenen suçlar için af yasaklanmıştır. Kontrol Konseyinin 10 Nolu Savaş Suçları, Barışa Karşı Suçlar ve İnsanlığa Karşı Suçlardan Suçlu Kişilerin Cezalandırılmasına İlişkin, 20 Aralık 1945 tarihli Kanun'un II(5). Maddesi şöyledir: "Burada belirtilen bir suçla ilgili herhangi bir yargılama ya da kovuşturma sırasında; suçlanan kişi, 30 Ocak 1933'ten 1 Temmuz 1945'e kadar olan süre için zamanışımından yararlanamaz, ayrıca Nazi rejimi kapsamında verilen herhangi bir dokunulmazlık, af ya da bağışlama, yargılanmasına veya cezalandırılmasına engel olarak kabul edilemez.". Bu yasaklama, İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen suçlar için istisnai bir önlem olarak görülse ve genel uluslararası hukukun bir kuralı olarak görülmesi de, bu yasak daha sonra Birleşmiş Milletlerin bazı hukuki belgele-

tavsiyeler.

⁸⁷⁰AİHHK, Afrika'da Adil Yargılanma ve Hukuki Yardım Hakkına İlişkin İlkeler ve Rehber Kurallar, İlke L(a).

rinde yer almıştır. İnsan hakları ihlalleriyle ilgili olarak bu yasak, Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programınının 60. Maddesi, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Deklarasyonu'nun 18. Maddesi veya Yargısız İnfazlara İlişkin İlkelerin 19. İlkesi gibi bazı bildirge metinlerinde yer almaktadır.⁸⁷¹

Birleşmiş Milletler anlaşma organları

Çoğunlukla yöneticilerin kendilerini de kapsayacak şekilde genel af çıkarmasının, ağır insan hakları ihlalleri için cezasızlığı kurum-sallaştırması tehlikesi uluslararası hukukta giderek kabul görmüştür. Uluslararası insan hakları organları, afların, ağır insan hakları ihlallerinin mağdurlarının adalet ve telafi haklarıyla ve Devletlerin failleri kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü ile çatıştığını sıklıkla dile getirmişlerdir.

BM antlaşma organları

İnsan Hakları Komitesi, İşkence ve zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve ceza yasağına ilişkin 20 No'lu Genel Yorumunda şöyle demiştir: "Aflar genellikle devletlerin bu tür davranışlardan özgürlüğü güvence altına alma; ve gelecekte tekrarlanmamasını sağlama yükümlülüklerine aykırıdır".⁸⁷² Ayrıca, Taraf Devletlerin raporlarına ilişkin gözlemlerde ve bireysel davalarda, ağır insan hakları ihlalleri için af kanunlarını Sözleşmeye aykırı gördüğünü belirtmiştir.⁸⁷³ Ayrıca, iç silahlı çatışmalar dahil, silah-

⁸⁷¹Hukuk Dışı İnfazlara İlişkin BM İlkeleri, İlke 19, 'bağışıklık'tan söz ederken zımni olarak aflara atıf yapmaktadır.

⁸⁷²İnsan Hakları Komitesi, G7. Maddeye ilişkin 20 Nolu Genel Yorum, BM Bel HRI/GEN/1/Rev.7 (1992), para 15.

⁸⁷³İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Uruguay, BM Bel CCPR/C/79/Add.19 (1993), para 7; Şili, BM Bel CCPR/C/79/Add.104 (1999), para 7; Lübnan, BM Bel CCPR/C/79/Add.78 (1997), para 12; El Salvador, BM Bel CCPR/C/79/Add.34 (1994), para 7; Haiti, BM Bel A/50/40 (1995), para. 224-241, at 230; Peru, BM Bel CCPR/CO/70/PER (2000), para 9; Fransa, BM Bel CCPR/C/79/Add.80 (1997), para 13; Arjantin, BM Bel CCPR/C/79/Add.46 (1995), para 146, ve BM Bel CCPR/CO/70/ARG (2000), para 9; Hırvatistan, BM Bel CCPR/CO/71/HRV

lı çatışmalar sırasında işlenen insan hakları ihlalleri için af çıkarılmasını reddetmiştir. El Salvador, Kongo, Yemen, Hırvatistan ve Lübnan'a ilişkin sonuç gözlemlerinde, afların UMSHS ile uyumsuz olduğunu belirtmiş,⁸⁷⁴ afların failler için cezasızlığı takdis ettiği durumlarda silahlı bir çatışmadan sonra barışı ve demokratik istikrarı sağlamak için elverişli olabileceği iddiasını açıkça reddetmiştir.

İşkenceye Karşı Komite, Devletlere "af yasalarının işkenceyi kapsam dışında tutmalarını sağlamalarını" tavsiye etmiştir.⁸⁷⁵ Sürekli olarak şu tavsiyede bulunmuştur: "İşkence faillerinin cezasız kalmasını sağlamak için, Taraf Devletin soruşturmayı ve gerektiğinde işkence suçu işlemekle suçlananların kovuşturulmasını ve işkence suçunu af yasalarının kapsamı dışında tutmayı sağlamaları gerekir".⁸⁷⁶ İşkenceye Karşı Komite, 2 No'lu Genel Yorumunda "işkence ve kötü muamele faillerinin derhal ve adil bir şekilde kovuşturulması ve cezalandırılmasını engelleyen veya bu yöndeki isteksizliği gösteren afların ya da benzer engellerin yükümlülük

(2001), para 11; Guatemala, BM Bel CCPR/CO/72/GTM (2001), para 12. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komitesi Kararları: Hugo Rodríguez / Uruguay, BM Bel CCPR/C/51/D/322/1988 (1994), para 12.4 [işkence]; Celis Laureano / Peru, BM Bel CCPR/C/56/D/540/1993 (1996), para 10 [zorla kaybedilme].

⁸⁷⁴İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: El Salvador, BM Bel CCPR/C/79/Add.34 (1994), para 7; Yemen, BM Bel A/50/40 (1995), para. 242-265, para 252; Lübnan, BM Bel CCPR/C/79/Add.78 (1997), para 12; Kongo, BM Bel CCPR/C/79/Add.118 (2000), para 12; Hırvatistan, BM Bel CCPR/CO/71/HRV (2001), para 11; Kolombiya, BM Bel CCPR/CO/80/COL (2004), para 8.

⁸⁷⁵İşkenceye Karşı Komite Sonuç Gözlemleri: Senegal, BM Bel A/51/44 (1996), para. 102-119, para 117; Peru, BM Bel A/55/44 (1999), para. 56-63, para 61; Azerbaycan, BM Bel A/55/44 (1999), para. 64-69, para 69; Kırgızistan, BM Bel A/55/44 (1999), para. 70-75, para 74(e); Hırvatistan, BM Bel A/54/44 (1998), para. 61-71, para 75(c).

⁸⁷⁶O.R., M.M. ve M.S. / Arjantin, İşkenceye Karşı Komite Kararlar 1/1988, 2/1988 ve 3/1988, BM Bel A/45/44(Supp) (1990), p.111, para 9, Komite af kanunlarının Sözleşmenin ruhuyla bağdaşmadığını belirtmiştir. Ayrıca bkz. İşkenceye Karşı Komite Sonuçlar ve tavsiyeler: Azerbaycan, BM Bel A/55/44 (1999), para. 64-69, at 69(c); Kırgızistan, BM Bel A/55/44 (1999), para. 70-75, para 75(c); Senegal, BM Bel A/51/44 (1996), para. 102-119, at para. 112, 117; Peru, A/55/44 (1999), para. 56-63, para 61(d); Hırvatistan, BM Bel A/54/44 (1999), para. 61-71, para 66; Şili, BM Bel CAT/C/CR/32/5 (2004), para 7(b).

azaltma yasağı ilkesini ihlal edeceğinin” altını çizmiştir.⁸⁷⁷ Ayrıca, 3 No’lu Genel Yorumunda da “işkence ve kötü muameleye ilişkin afların, mağdurların telafi elde etme çabaları için izin verilmemesi gereken bir engel teşkil ettiğini ve cezasızlık ortamına katkıda bulunduğunu doğrulamıştır. Bu nedenle Komite, Devletleri işkence veya kötü muamele ile ilgili afları yürürlükten kaldırmaya davet etmiştir.”⁸⁷⁸

Çözümlere ilişkin olarak, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, taraf Devletlerin “kadına yönelik cinsel şiddet gibi cinsiyete dayalı insan hakları ihlalleri için af çıkarılmasını reddetmelerini ve bu tür insan hakları ihlallerinin kovuşturulmasına ilişkin zamaşımını reddetmelerini” tavsiye etmiştir.⁸⁷⁹

⁸⁷⁷İşkenceye Karşı Komite, 2. Maddenin Devletler Tarafından Uygulanmasına İlişkin 2 Nolu Genel Yorum, BM Bel CAT/C/GC/2 (2008), para 5.

⁸⁷⁸İşkenceye Karşı Komite, 14. Maddenin Devletler Tarafından Uygulanmasına İlişkin 3 Nolu Genel Yorum, BM Bel CAT/C/GC/3 (2012), para 41.

⁸⁷⁹CEDAW Komitesi, Kadınların adalete erişimine ilişkin Genel Tavsiye, BM Bel CEDAW/C/GC/33 (2015), para 19(f). Ayrıca bkz. CEDAW Komitesi, Çatışma önleme, çatışma ve çatışma sonrası durumlarda kadınlara ilişkin Genel Tavsiye 30, BM Bel CEDAW/C/GC/30 (2013).

BM Şartına dayanan organlar

İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması Alt Komisyonu,⁸⁸⁰ af- larla ilgili öncü bir rol oynamıştır. 1981’de, Devletleri zorla kaybedilme vakalarını soruşturmayı engelleyen af yasaları gibi yasaları kabul etmekten kaçınmaya çağırmıştır.⁸⁸¹ 1985 yılında aflara ilişkin bir Özel Raportör atamıştır.⁸⁸²

İnsan Hakları Komisyonu, cezasızlıkla ilgili Kararlarında defalarca “uluslararası insancıl hukuku ve insan hakları hukukunu ihlal eden ve fiilleri ciddi suç teşkil eden kişiler için af çıkarılmaması gerektiğini belirtmiş ve devletleri uluslararası hukuk uyarınca yükümlülüklerine uygun olarak harekete geçmeye çağırmıştır”.⁸⁸³

İşkence hakkında Özel Raportör şunları önermiştir: “(Ulusal uzlaşma veya demokrasi ve barışı sağlamlaştırma adına çıkarılan yasalar da dahil olmak üzere) Af kanunları, tazminat kanunları vb. gibi işkenceciler için cezai sorumluluktan istisna olanağı sağlayan yasal hükümler yürürlükten kaldırılmalıdır”.⁸⁸⁴ Hakimlerin ve avukatların bağımsızlığı konusundaki Özel Raportör, Peru’nun Af yasalarını UMSHS’yi ihlal ettiği gerekçesiyle eleştirmiştir.⁸⁸⁵ Hukuk dışı, yargısız ve keyfi infazlar konusunda Özel Raportör, “Cezasızlığın, siyasi istikrar ve ulusal uzlaşma adına çıkarılmış af yasalarından

⁸⁸⁰Eski İnsan Hakları Komisyonunun, Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu.

⁸⁸¹İnsan Hakları Komisyonu, İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Alt Komisyonu, karar 15 (XXXIV) (1981).

⁸⁸²İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesinde af kanunlarının rolü üzerine çalışma, BM Bel E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1 (1985).

⁸⁸³İnsan Hakları Komisyonu kararlar 2003/72, para 2, ve 2002/79, para 2.

⁸⁸⁴Bkz. İşkence sorununa ilişkin Özel Raportörün Raporu: BM Bel E/CN.4/2003/68 (2002), para 26(k) – bunu şu raporda da tekrarlamıştır BM Bel E/CN.4/2004/56 (2003), para 40.

⁸⁸⁵Yargıçların ve avukatların bağımsızlığı Özel Raportörünün Peru görevine ilişkin Raporu, BM Bel E/CN.4/1998/39/Add.1 (1998).

da kaynaklanabileceği⁸⁸⁶ konusunda uyarılmış ve “ciddi insan hakları ihlalleri, özellikle de yaşam hakkının ihlali için, failin geçmişteki veya bugünkü durumu veya konumu ne olursa olsun cezasız kalmaması gerektiğini ve kalamayacağını” belirtmiştir.⁸⁸⁷

Cezasızlığa İlişkin Güncellenmiş BM İlkeleri, “barış anlaşmasına elverişli koşullar sağlama veya ulusal uzlaşmayı teşvik etme amaçlı olsalar bile” aflarının uluslararası hukuk uyarınca ciddi suçların faillerine uygulanmaması gerektiğini öngörmektedir.⁸⁸⁸

Barış anlaşmalarında insan hakları ihlalleri ile ilgili aflar hakkında yakın tarihli BM uygulaması

Daha önceki kararlarda, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul, her durumda afları eleştirmeden,⁸⁸⁹ daha yeni Birleşmiş Milletler politikası, yalnızca insancıl hukuk ihlalleri için değil, aynı zamanda insan hakları ihlalleri için de aflara yönelik tutumda açıkça bir değişiklik göstermiştir. Aşağıdaki örnekler, politikadaki bu değişimi açıkça göstermektedir.

Birleşmiş Milletlerin yardımı ile tamamlanan 1996’daki Guatemala Barış Anlaşmaları, “Guatemala’nın taraf olduğu uluslararası anlaş-

⁸⁸⁶Hukuk dışı, yargısız ve keyfi infazlar Özel Raportörünün Raporu, BM Bel A/57/138 (2002), para 23.

⁸⁸⁷Hukuk dışı, yargısız ve keyfi infazlar Özel Raportörünün Ara Raporu, BM Bel A/55/288 (2000), para 48.

⁸⁸⁸Cezasızlıkla mücadele yoluyla insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için ilkeler seti Güncellenmiş İlkeler, BM Bel E/CN.4/2005/102 (2005), İlke 24 (çerçeve ve para (a)).

⁸⁸⁹Bkz. Güvenlik Konseyi Başkanının Konuşması 15 Temmuz 1993, BM Bel S/26633 (1993), Haiti’de 1993 yılında Vali Adası Anlaşmasıyla sağlanan affı onaylamıştır. Ayrıca bkz. Genel Kurul kararı 42/137 (1987), Genel Kurul af kanununa ilişkin görüşünü açıklamamıştır; Orta Amerika’daki duruma ilişkin karar 43/24 (1988) Genel Kurul Kosta Rika, Honduras, El Salvador, Guatemala ve Nikaragua hükümetleri arasında yapılan ve devlet başkanlarının af çıkarılması konusunda anlaşığı ‘Orta Amerika’da sağlam ve kalıcı bir barışın sağlanması için usullere ilişkin Anlaşma’yı onaylamıştır.

malara göre cezalandırılabilir suçları" af kapsamı dışında bırakmıştır.⁸⁹⁰ Aralık 1996 tarihli Ulusal Uzlaşma Kanunu, "soykırım suçları, işkence ve zorla kaybedilme suçlarının yanı sıra, zamanaşımına tabi olmayan ya da iç hukuk veya Guatemala tarafından onaylanan antlaşmalara göre cezai sorumluluktan istisna tutulmasına izin verilmeyen suçların" affedilmesini yasaklamaktadır.⁸⁹¹

1999'da Birleşmiş Milletlerin "tanıklık ettiği" Lusaka ateşkes anlaşması, "BM ile birlikte" tarafların, "kitlesel katillerin", "insanlığa karşı suç işleyenlerin" ve "diğer savaş suçlularının" tutuklanması ve kovuşturulması için uygun koşulları oluşturmalarını öngörmektedir. Af ve siyasi iltica olasılığını kabul etmekle birlikte 'soykırım-cıları' bu istisnaların dışında tutmaktadır.⁸⁹²

Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü, 10. maddesinde, hiçbir affın kendi yetkisi kapsamındaki suçların, yani insanlığa karşı suçların, Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesinin ve Ek II. Protokolün ihlalinin ve uluslararası insancıl hukukun diğer ciddi ihlallerinin, kovuşturulmasına engel teşkil etmeyeceği öngörülmüştür.⁸⁹³ Bu Statü, 14 Ağustos 2000 tarih ve 1315 (2000) sayılı Güvenlik Konseyi kararı uyarınca Birleşmiş Milletler ile Sierra Leone Hükümeti arasında bir Anlaşma ile oluşturulmuştur.⁸⁹⁴ Bu Statü, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin Temsilcisinin "anlaşmanın af hükümlerinin uluslararası soykırım suçları, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve diğer insancıl hukuk ihlalleri için geçerli

⁸⁹⁰Unidad Revolucionaria Guatemalteca'nın Hukuki Entegrasyonunun Temeline İlişkin Anlaşma, BM Bel A/51/776 (1997) ve S/1997/51 (1997), Ek II, para. 17 vd.

⁸⁹¹Decreto número 145-1996, (Ulusal Uzlaşma Yasası) Ley de reconciliación nacional, 27 Aralık 1996, Madde 8.

⁸⁹²Lusaka Ateşkes Anlaşması 10 Temmuz 1999, BM Bel S/1999/815 (1999), Ek A, Bölüm 9.1 ve 9.2.

⁸⁹³Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü.

⁸⁹⁴Güvenlik Konseyi kararı 1315 (2000).

olmayacağı anlayışı⁸⁹⁵ ile şeklinde bir açıklama ekleyerek imzaladığı Lomé Barış Anlaşmasında⁸⁹⁶ kabul edilen af ve bağışlamaya göre önceliklidir. Özel Mahkemenin Statüsü ile Lomé Anlaşmasının Af hükümlerini geçersiz kılma olasılığı, *Prosecutor / Morris Kallon* davasında sanık tarafından dava konusu yapılmıştır.⁸⁹⁷ Ancak Özel Mahkeme Temyiz Dairesi, Statünün "uluslararası hukukun gelişmekte olan normlarıyla tutarlı" olduğuna karar vermiştir.⁸⁹⁸ Lomé Anlaşması'yla sağlanan affın "diğer devletlerin suçların niteliği nedeniyle sahip oldukları bu tür suçlarla suçlanan kişileri kovuşturmaya ilişkin evrensel yargı yetkisinin kaldırılmasında etkili olmadığına" karar vermiştir. Daire ayrıca, söz konusu affın "Özel Mahkeme gibi uluslararası bir mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmak bakımından da etkisiz olduğuna" karar vermiştir.⁸⁹⁹

2000 yılında, Doğu Timor'daki Geçici Otorite, Ciddi Suçlar konusunda Münhasır Yargı Yetkisine Sahip Panellerin Kurulmasına İlişkin 2000/15 sayılı Düzenlemeyi kabul etmiştir. Yargıç panelleri soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, işkence, cinayet ve cinsel suçlar üzerine evrensel yargı yetkisiyle⁹⁰⁰ donatılmıştır.⁹⁰¹ Daha

⁸⁹⁵Bkz. Birleşmiş Milletler Genel Sekreterinin Sierra Leone Gözlemci Görevine İlişkin Raporu, BM Bel S/1999/836 (1999), para 7; Genel Sekreterin Sierra Leone için Özel Bir Mahkeme Kurulmasına İlişkin Raporu, BM Bel S/2000/915 (2000), para 22.

⁸⁹⁶Sierra Leone Hükümeti ile Sierra Leone Devrimci Birleşik Cephe'si arasında 7 Temmuz 1999 tarihli Barış Anlaşması, Madde IX.

⁸⁹⁷*Prosecutor / Morris Kallon*, Sierra Leone Özel Mahkemesi, İstinaf Dairesi, Dava No. SCSL-2004-15-AR72(E), Yetkiye itiraz davası: Lomé Accord Amnesty, 13 Mart 2004.

⁸⁹⁸*Ibid*, para 63; ayrıca para 82.

⁸⁹⁹*Ibid*, para 88.

⁹⁰⁰Düzenleme No. 2000/15 Doğu Timor'da Geçici BM Yönetimi tarafından Kabul edilen Ciddi Suç Teşkil Eden Fiiller için Münhasır Yetkili Kurullar Kurulmasına Dair Düzenleme, BM Bel UNTAET/REG/2000/15 (2000), Madde 2.1.

⁹⁰¹*Ibid*, Bölümler 1.3 ve 4-9; soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları Roma Statüsünün 7(2)(a) maddesi hariç olmak üzere aynı Roma Statüsündeki gibi tanımlanmıştır,

sonra kabul edilen "Kabul, Hakikat ve Uzlaşma Komisyonunun"⁹⁰² Kurulmasına ilişkin düzenleme, Komisyonun amaçlarından biri olarak insan hakları ihlallerini ve insancıl hukuk ihlallerini uygun olan hallerde kovuşturma önerisi ile Genel Savcılığa sevk etmek olarak öngörmekte⁹⁰³ ve Ciddi Suçlar Hakimler Panelinin ağır suçları yargılama konusundaki münhasır yetkisine halel getirmeksizin, açıkça olduğu gibi bırakmaktadır.⁹⁰⁴

Demokratik Kampuchea Döneminde İşlenen Suçların Kovuşturulması İçin Kamboçya Mahkemeleri'nde Olağanüstü Dairelerin Kurulması Hakkında Kanun, Dairelerin yargı yetkisine sahip olduğu suçları, yani cinayet, işkence ve dini zulüm, soykırım, insanlığa karşı suçlar, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalleri, silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıkların tahribatı ve 1961 Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi uyarınca uluslararası koruma altındaki kişilere karşı işlenen suçları, genel ve özel af kapsamı dışında bırakmıştır.⁹⁰⁵

Güvenlik Konseyi'nin Haiti'ye yönelik tutumundaki değişimi görmek özellikle ilginçtir. Governors Island (Vali Adası) Anlaşması'nda, 1990-1993 yılları arasında Haiti'de insanlığa karşı suç işlemekle suçlanan askeri rejimin üyeleri için af müzakere edilmiştir. Güvenlik Konseyi, bu anlaşmayı 1993'te "Haiti'deki krizi çözmeyin tek geçerli çerçevesi" olarak onaylamıştır.⁹⁰⁶ Bununla birlikte, Şubat 2004'teki "Haiti'ye ilişkin sorun" konusundaki Kararında, "çatışmanın tüm tarafları, *insan hakları alanı da dahil olmak üzere* uluslararası hukuka saygı göstermesi gerektiğini ve ihlal failleri

⁹⁰²Düzenleme No 2001/10 Doğu Timor'da bir Kabul, Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu Kurulmasına Dair, BM Bel UNTAET/REG/2001/10 (2001).

⁹⁰³Ibid, Bölüm 3.1(e).

⁹⁰⁴Ibid, Bölüm 22.2.

⁹⁰⁵Demokratik Kampuchea Döneminde İşlenen Suçları Yargılamak Üzere Kamboçya Mahkemelerinde Olağanüstü Daireler Kurulmasına Dair Kanun, 2001, Madde 40.

⁹⁰⁶Güvenlik Konseyi Başkanının Konuşması, BM Bel S/INF/49 (1993), at 26.

için bireysel sorumluluğun söz konusu olacağını ve cezasızlığın olmaması gerektiğini” yinelemiştir (vurgu eklenmiştir).⁹⁰⁷

Son olarak, Güvenlik Konseyi'nin Fildişi Sahili'deki çatışmaya ilişkin yaklaşımı, tutum değişikliğini göstermektedir. “*İnsan haklarının ve uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerinden* sorumlu olanları adalet önüne getirme gereğini” vurgulamıştır (vurgu eklenmiştir).⁹⁰⁸ Daha sonra, Fildişi Sahili'ndeki ⁹⁰⁹ çatışmayla ilgili olarak Ek II. Protokol'ün 6/5. maddesine uygun bir şekilde çatışmanın bir tarafı olarak düşmanlıkta bulunmak dolayısıyla aflardan yararlanılabilemesini fakat insan hakları ve insancıl hukuk konusunda ciddi ihlallerde bulunanların yararlandırılmaması görüşünü yansıtan taraflar arasındaki barış anlaşmasını onaylamıştır. Bu barış anlaşmasında, Ulusal Uzlaşma Hükümeti “19 Eylül 2002 tarihinden itibaren tüm ülke çapında gerçekleştirilen ciddi insan hakları ve uluslararası insancıl hukuk ihlali vakalarına ilişkin gerçekleri araştırmak ve tespit etmek üzere uluslararası bir soruşturma kurulu oluşturulması ve kurulması çağrısında bulunmaya adanmış ve faillerin ve bu suçlara yardım ve yataklık edenlerin uluslararası ceza yargılaması yetkisi çerçevesinde adalet önüne getirilmesi gerektiği belirtilmiştir”.⁹¹⁰

Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, bu eğilimi, “Birleşmiş Milletler tarafından onaylanan barış anlaşmalarının soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar veya ağır insan hakları ihlalleri için asla af vaat edemeyeceği” şeklinde tamamladığı, *çatışma ve çatışma sonrası toplumlarda hukukun üstünlüğü ve geçiş dönemi adaletine ilişkin Raporunda* özetlemiştir.⁹¹¹

⁹⁰⁷Güvenlik Konseyi kararı 1529 (2004), para 7.

⁹⁰⁸Güvenlik Konseyi kararı 1479 (2003), para 8.

⁹⁰⁹Güvenlik Konseyi kararı 1464 (2003), para 1; 24 Ocak 2003 tarihinde Linas-Marcoussis'da Fildişi siyasi güçleri arasında imzalanan Anlaşma, BM Bel S/2003/99.

⁹¹⁰Ibid, para. VI.2 ve VI.3.

⁹¹¹Genel Sekreterin çatışan ve çatışma sonrası toplumlarda hukuk devleti ve geçiş adaleti üzerine Raporu, BM Bel S/2004/616 (2004), para 10

Uluslararası mahkemeler

Sierra Leone Özel Mahkemesi, *Kallon* davasında, ulusal affin, mahkemelerin amacına aykırı olacağına karar vermiştir.⁹¹²

Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemesinin, Dava Dairesi, *Furundzija* davasında işkence için affin hukuka aykırılığını aşağıdaki kararıyla teyit etmiştir: "Bir taraftan, işkence yasağının *jus cogens* bağlayıcı değeri dolayısıyla işkenceye yönelik antlaşmaların veya teamül kurallarının başlangıçtan itibaren geçersiz sayılacağını ileri sürüp diğer taraftan, bir devletin işkenceye izin veren tedbirler alabileceğini ya da bir af yoluyla işkence faillerini sorumluluktan kurtarabileceğini söylemek ..." anlamsız olacaktır.⁹¹³

Bölgesel İçtihat

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun yanı sıra, afların uluslararası hukuka ve özellikle mağdurların etkili bir çözüm ve telafi haklarına aykırı olduğunu güçlü bir şekilde ortaya koymuşlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, afların hukuka uygunluğu konusunda kendi görüşünü açıklamak zorunda kalmamış olmasına rağmen, *Ould Dah / Fransa* başvurusundaki kabul edilebilirlik kararında "affin genellikle Devletlerin işkence fiillerini soruşturma ödeviyle bağdaşmadığını" doğrulamıştır. Moritanya af yasasının tek başına, başvuranın Moritanya'daki işkence eylemleri nedeniyle, evrensel yargı yetkisi kapsamında Fransız mahkemeleri önünde, kovuşturulması ve mahkûm edilmesine engel olamayacağını teyit etmiştir.⁹¹⁴

⁹¹²Prosecutor / Morris Kallon, Sierra Leone Özel Mahkemesi, İstinaf Dairesi, Dava No. SCSL-2004-15-AR72(E), Yetkiye İtiraz Davası: Lomé Af Kararı, 13 March 2004, para 88. Ayrıca bkz. Y. Naqvi, 'Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition' (Savaş suçları için af: Uluslararası tanımının sınırlarını tanımlamak) (2003) 85 International Review of the Red Cross 583, p.615.

⁹¹³Prosecutor / Anto Furundzija, YUCM, IT-95-17/1, 10 Aralık 1998 tarihli karar, para 155.

⁹¹⁴Ould Dah / Fransa, AİHM, 17 Mart 2009 tarihli Kabul edilebilirlik kararı.

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu, her affın Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğuna karar vermiştir. Özellikle, af yetkisi konusunda hukuki meşruiyete sahip olmadığını düşündüğü fiili hükümetler tarafından kendi kendilerine yönelik olarak ilan edilen afları, eleştirmiştir.⁹¹⁵ Komisyon, af yasalarının, Devletlerin AmeİHS'in 1/1 ve 2 maddelerinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiği kanaatindedir.⁹¹⁶ Ayrıca kendi kendine yönelik afların mağdurların (diğerlerinin yanı sıra, AmeİHS'in 8 maddesi kapsamında güvence altına alınmış olan) adalet hakkını, (yine AmeİHS'in 8 maddesi kapsamında güvence altına alınmış olan) hukuki tazminat isteme haklarını, (AmeİHS'in 25. maddesinde yer alan) adli korunma hakkını, ve Devletin insan hakları ihlallerini soruşturma ödevini (AmeİHS'in 1/1 maddesi) ihlal ettiğine karar vermiştir.⁹¹⁷ Daha yakın tarihli kararlarında Amerikalılar-arası Komisyon ayrıca, af yasalarının hakikati öğrenme hakkını ihlal ettiğini açıkça ortaya koymuştur.⁹¹⁸ Devletin "*af ilan edilmesine*

⁹¹⁵Hermosila / Şili, AAİHK, Report No. 36/96, Dava 10,843, 15 Ekim 1996, para 27.

⁹¹⁶AAİHK Kararları 28/92 (Arjantin) ve 29/92 (Uruguay). Ayrıca bkz. Hermosila / Şili, AAİHK, Report No. 36/96, Dava 10,843, 15 Ekim 1996, para 50, 61.

⁹¹⁷AAİHK Kararları: No. 28/92 (1992) Davalar 10,147, 10,181, 10,240, 10,262, 10,309 ve 10,311 (Arjantin), para. 32-41; No. 34/96 (1996) Davalar 11,228, 11,229, 11,231 ve 11,282 (Şili), para. 58-92; No. 25/98 (1998) Davalar 11,505, 11,532, 11,541, 11,546, 11,549, 11,569, 11,572, 11,573, 11,583, 11,585, 11,595, 11,652, 11,657, 11,675 ve 11,705 (Şili), para. 51-97; No. 1/99 (1999), dava 10,480 (Lucio Parada Cea and others / El Salvador), para. 112-158; No. 136/99, Dava 10,488 (Ignacio Ellacuría S.J. and others / El Salvador), para. 197-232; No. 37/00 (2000), Dava 11.481, Monsignor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez / El Salvador, para. 123-151.

⁹¹⁸AAİHK Report No. 25/98, Davalar 11,505, 11,532, 11,541, 11,546, 11,549, 11,569, 11,572, 11,573, 11,583, 11,585, 11,595, 11,652, 11,657, 11,675 ve 11,705 (Şili), 7 April 1998, para. 51-97; AAİHK Report No. 1/99, Dava 10,480 (Lucio Parada Cea and others / El Salvador), 27 Ocak 1999, para. 112-158; AAİHK Report No. 136/99, Dava 10,488 (Ignacio Ellacuría S.J. and others / El Salvador), 22 Aralık 1999, para. 221-232; AAİHK Report No. 37/00, Dava 11.481 (Monsignor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez / El Salvador), 13 Nisan 2000, para. 123-151.

rağmen tüm sorumlu kişileri yargılamasını ve cezalandırmasını” tavsiye etmiştir (vurgu eklenmiştir).⁹¹⁹ Komisyon, hakikat komisyonlarının ağır insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerine karşı yetersiz bir karşılık oluşturduğunu ve mağdurların adalet hakkının yerini alamayacağını açıkça ifade etmiştir.⁹²⁰

İnsan Hakları Komitesine benzer şekilde, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu da silahlı çatışma zamanlarında işlenen ağır insan hakları ihlallerinin affa tabi olamayacağını ilan etmiştir. Cenevre Sözleşmelerine ek II. Protokolün “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan temel insan haklarına yönelik ihlalleri kapsadığı” şeklinde yorumlanamayacağını açıkça belirtmiştir.⁹²¹ Ayrıca, “yargısız infaz ve işkence gibi ihlallerin birçoğunun, Amerikan Sözleşmesine göre askıya alınmayan insan hakları ihlalleriyle eşdeğerde tutulabileceğine” işaret etmiştir.⁹²²

Barrios Altos Davasında, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi şöyle demiştir:

“Bu Mahkeme, bütün af hükümlerinin, zamanaşımına ilişkin hükümlerin ve sorumluluğu ortadan kaldırmak için tasarlanan önlemlerin alınmasının kabul edilemez olduğu kanaatindedir, çünkü bunlar, uluslararası insan hakları hukuku tarafından tanınan yükümlülük azaltılması yasaklanan hakları ihlal etmesi dolayısıyla yasaklanan işkence, hukuk dışı, yargısız, ve keyfi infazlar, zorla kaybedilme veya benzeri ciddi insan hakları ihlallerinden sorumlu kişilerin soruşturmasını ve cezalandırılmasını önlemeye yöneliktir.

⁹¹⁹Lucio Parada Cea and others / El Salvador, AAİHK, Report No. 1/99, Dava 10,480, 27 January 1999, para 160.

⁹²⁰Garay Hermonsilla et al / Şili, AAİHK, Report No. 36/96, Dava 10.843, para 156. Ayrıca bkz. AAİHK Reports 26/92 (1992) (El Salvador), 29/92 (1992) (Uruguay), 24/92 (1992) (Arjantin).

⁹²¹AAİHK, E Salvador’da insan haklarının durumuna ilişkin Rapor, OEA/Ser.L/II.85, Doc. 28 Rev. (1994), Genel Sonuçlar. Ayrıca bkz. Lucio Parada Cea et al (El Salvador), AAİHK, Report 1/99, Dava 10.480, 27 Ocak 1999, para 116, UKHK’nin durumuna atıf yaparak.

⁹²²Lucio Parada Cea et al (El Salvador), AAİHK, Report 1/99, Dava 10.480, 27 Ocak 1999, 115.

Mahkeme, Komisyon tarafından öne sürülen ve Devlet tarafından itiraz edilmeyen iddialara uygun olarak, Peru tarafından kabul edilen af yasalarının, mağdurların akrabalarının ve bu davada geriye kalan mağdurların Sözleşmenin 8/1 maddesinde öngörülen bir yargıç tarafından dinlenmelerini engellediği; Sözleşmenin 25. maddesinde yer alan adli koruma hakkını ihlal ettiği; Barrios Altos'ta meydana gelen olaylardan sorumlu kişilerin soruşturmasını, yakalanmasını, kovuşturulmasını ve mahkumiyetini önlediği, böylece Sözleşmenin 1/1 maddesine aykırı olarak bu davada hakikatlerin açığa çıkmasını engelledikleri kanaatindedir. Son olarak, Sözleşme ile uyumlu olmayan kendi kendine af yasalarının kabul edilmesi, Peru'nun Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alan iç mevzuatı benimseme yükümlülüğüne uymadığı anlamına geliyordu."⁹²³

Mahkeme daha sonraki davalarda bu içtihadı teyit etmiştir.⁹²⁴

Amerikalılar-arası Mahkemesi, *Massacres of el Mozote and Nearby Places* (El Mozote ve Yakınlarındaki Katliamlar) davasında, silahlı çatışma zamanlarında insan haklarının ağır ihlallerine ilişkin af'ların Amerikan Sözleşmesini ihlal ettiğini doğrulamıştır. Özellikle Amerikalılar-arası Mahkeme, Cenevre Sözleşmelerine Ek II. Protokolün 6/5 maddesinin:

"Mutlak olmadığını, çünkü uluslararası insancıl hukuk uyarınca, Devletlerin savaş suçlarını soruşturma ve kovuşturma zorunluluğu olduğunu vurgulamıştır. Sonuç olarak, "savaş suçu işlediğinden şüphelenilen veya suçlanan kişiler veya bundan mahkûm olan kişiler" aftan yararlanamaz. Sonuç olarak, Ek II. Protokolün 6/5 maddesinin, bunun, mevcut davada olduğu gibi, savaş suç-

⁹²³Case of Barrios Altos / Peru, AAİHM, 14 Mart 2001 tarihli karar, Series C No. 75, para. 41, 42.

⁹²⁴Barrios Altos Case, Kararın Esasına İlişkin Yorum, AAİHM, 3 Eylül 2001, Series C No. 83, para 15; Trujillo Oroza Case (Telafiler), AAİHM, 27 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 92, para 106; Caracazo Case (Telafiler), AAİHM, 29 Ağustos 2002, Series C No. 95, para 119; Almonacid-Arellano et al /Şili, AAİHM, 26 Eylül 2006, Series C No. 154, para 119; Gomes Lund et al ("Guerrilha Do Araguaia") / Brezilya, AAİHM, 24 Kasım 2010, Series C No. 219, para 171.

ları ve hatta insanlığa karşı suçlar olarak nitelenebilecek gerçekleri içermediği sürece uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yer alanlarla veya silahlı çatışma ile ilgili nedenlerden dolayı, özgürlüğünden yoksun bırakılanlarla ilgili olarak geniş kapsamlı aflara işaret ettiği anlaşılmaktadır.”⁹²⁵

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, “mağdurlar veya bunların hak sahipleri tarafından açılan davaları ya da çözüm elde etmeye yönelik diğer süreçleri geçersiz kılmak amacıyla kabul edilen bir af yasası... bu devleti Şart kapsamındaki uluslararası yükümlülüklerinden kurtarmaz” demiştir.⁹²⁶ Benzer şekilde, kovuşturmaları yasaklayan ya da mahkum olanları serbest bırakmayı amaçlayan özel aflar, Afrika Şartı kapsamındaki etkili çözüm hakkını ihlal etmektedir.⁹²⁷ Afrika Komisyonu ayrıca Sudan’a “insan hakları ihlalleri failleri için af yasaları kabul etmekten vazgeçmesi” çağrısında bulunmuştur.⁹²⁸ Ayrıca açık bir şekilde “insan hakları ihlallerinin faillerini sorumluluktan kurtarmak için af çıkarılmasının, mağdurların etkili çözüm hakkını ihlal edeceğini” belirtmiştir.⁹²⁹

Uluslararası Kızılhaç Komitesi

Cenevre Sözleşmelerine Ek II Protokolün 6/5 maddesi bazen, örneğin Güney Afrika Mahkemesi tarafından, iç silahlı çatışmalarda işlenen suçlarla ilgili afları meşrulaştırmak için kullanılmaktadır.

⁹²⁵Massacres of El Mozote and Nearby Places / El Salvador, AİHM, 25 Ekim 2012, Series C No. 252, para 286.

⁹²⁶Malawi African Association et al / Moritanya, AİHHK Karar 54/91 et al (2000), para 83.

⁹²⁷Zimbabwe Human Rights NGO Forum / Zimbabwe, AİHHK Karar 245/2002 (2006), para. 211, 215.

⁹²⁸Sudan Human Rights Organisation et al. and Centre on Housing Rights and Evictions / Sudan, AİHHK Kararları 279/03 ve 296/05 (2009), para 229(g).

⁹²⁹AİHHK, Afrika’da Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuki Yardım Hakkına Dair İlkeler ve Rehber Kurallar, İlke C(d).

Bu hükme göre: "Düşmanlıklar sona erdikten sonra, iktidardaki yetkililer, silahlı çatışmaya katılanlara veya silahlı çatışma ile ilgili nedenlerle, enterne edilme ya da tutuklanma şeklinde özgürlüklerinden yoksun bırakılmış olanlara mümkün olan en geniş affı sağlamaya çalışmalıdır". Ancak Uluslararası Kızıl Haç Komitesi bu yorumu reddetmiş ve 6/5 maddenin amacının "sadece çatışmalara katıldıkları için gözaltına alınan veya cezalandırılanlara yönelik olduğunu açıkça belirtmiştir. Uluslararası insancıl hukuka aykırı davrananlar için af sağlamayı amaçlamamıştır."⁹³⁰ "Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi, Uluslararası Kızılhaç Komitesinin beyanına atıfla bu argümanı kabul etmiştir."⁹³¹

Ulusal mevzuatta ve içtihatlardaki eğilimler

Birleşmiş Milletler sistemi tarafından ağır insan hakları ihlalleri için afların reddedilmesi, ulusal mevzuat ve içtihatlardaki son eğilimler tarafından doğrulanmış gibi görünmektedir.

Bazı ülkeler, ağır insan hakları ve / veya insancıl hukuk ihlalleri nedeniyle genel veya özel afları yasaklamayı tercih etmiştir. Bu nedenle, 1994 tarihli Etiyopya Anayasası, soykırım, yargısız infaz, zorla kaybetme veya işkence gibi insanlığa karşı işlenen suçların cezalarının genel af veya özel af ile hafifletilemeyeceğini belirtir.⁹³² Ekvador Anayasası, siyasi nedenler veya vicdani nedenlerle soykırım, işkence, ortadan kaybolma, adam kaçıрма ve cinayet suçlarında affı yasaklamaktadır.⁹³³ Venezuela Anayasası, insanlığa karşı suçların, ağır insan hakları ihlallerinin ve savaş suçlarının genel af veya özel affa tabi olmadığını belirtmektedir.⁹³⁴ Guatemala'nın Ulusal Uzlaşma Yasası, soykırım, işkence ve zorla kaybetmeler ile

⁹³⁰UKHK Hukuk Biriminin YUCM Savcısına 24 Kasım 1995 tarihli ve Kaliforniya Üniversitesi Hukuk Fakültesine 15 Nisan 1997 tarihli Mektubu.

⁹³¹Report No. 1/99, Dava 10,480 Lucio Parada Cea and others / El Salvador, 27 Ocak 1999, para 115; Massacres of El Mozote and Nearby Places v/El Salvador, 25 Ekim 2012, Series C No. 252, para 286 ve dipnot 461.

⁹³²Etiyopya Anayasası 1994, Madde 28.

⁹³³Ekvador Anayasası 1998, Madde 23(2).

⁹³⁴Venezüella Anayasası 1998, Madde 29.

Guatemala tarafından onaylanan anlaşmalarda zamanaşımı hükümlerine tabi olmadığı belirtilen tüm suçları af kapsamı dışında tutmuştur.⁹³⁵

Arjantin’de, Federal Ceza ve Düzeltme Davaları Ulusal İstinaf Mahkemesi, federal bir yargıcın (Askeri Diktatörlük sona erdikten sonra çıkarılan) Uzlaşma Yasalarını (Full Stop and Due Obedience Laws)⁹³⁶ geçersiz ilan ettiği Mart 2001 tarihli kararını onamıştır. Ağustos 2003’te, Kongrenin her iki Meclisi de, bu iki yasayı geçmişe dönük olarak etkili olacak şekilde yürürlükten kaldırılmasını kabul etmiştir. Haziran 2005’te, Arjantin Yüksek Mahkemesi her iki yasayı da anayasaya aykırı ilan etmiştir.

Şili’de, Arjantin’den farklı olarak, 1978’de çıkarılan ve kendi işledikleri tüm suçlar için af öngören yasa hâlâ yürürlüktedir. Daha önce de belirtildiği gibi, bu, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve İşkenceye Karşı Komite tarafından ciddi biçimde eleştirilmiştir. Santiago İstinaf Mahkemesi, 2004 yılının Ocak ayında, Şili’nin, Kişilerin Zorla Kaybedilmesine İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri uyarınca, 1978 affının, mağdurun akıbetinin belli olmadığı durumlarda adam kaçırma vakalarına uygulanamayacağına karar vermiştir.⁹³⁷ Bu şekilde, en azından kaybedilmelerle ilgili olarak, yasanın etkileri bir ölçüde azaltılmıştır. Bu Karar, 16 Kasım 2004 tarihli Şili Yüksek Mahkemesi Kararı ile onanmıştır. 2006 yılında, Amerikalılar-arası Mahkeme, af yasasının “Şili mahkemeleri tarafından 1998’den bu yana bazı davalarda uygulanmamasının önemli bir gelişme oldu-

⁹³⁵Decreto número 145-1996, (Ulusal Uzlaşma Yasası) Ley de reconciliación nacional, 27 Aralık 1996, Article 8.

⁹³⁶Julio Simón and Juan Antonio del Cerro, on the abduction of minors of 10 years, Federal Criminal and Correctional Court (Arjantin), No. 4, 8686/2000, 6 Mart 2001 tarihli karar, Part VI.

⁹³⁷Fernando Laureani Maturana and Miguel Krassnoff Marchenko, Santiago İstinaf Mahkemesi (Şili), 5 Ocak 2004.

ğunu" kabul etmiştir.⁹³⁸ Ancak, Mahkeme, bu gibi geçici önlemlerin yeterli olmadığını değerlendirmiştir. Af yasasının geçerli olmaya devam etmesinin Amerikan Sözleşmesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle, Amerikalılar-arası Mahkeme, Devlete, af yasasının soruşturmayı, kovuşturmayı ve eğer varsa, sorumluların cezalandırılmasını engellemeye devam etmemesini "sağlamasını" emretmiştir.⁹³⁹

Amerikalılar-arası Mahkemesi, Uruguay af yasasının Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesini ihlal ettiğine karar verdikten sonra,⁹⁴⁰ Uruguay Kongresi, Ekim 2011'de af kanununu yürürlükten kaldıran 18.831 sayılı yasayı onaylamıştır. 18.831 sayılı Kanun'un 2. ve 3. maddeleri uyarınca, daha önce af yasası kapsamındaki suçlar için zamaşımı uygulanmayacak ve bu suçlar insanlığa karşı suç teşkil edecektir. Ancak, Şubat 2013'te, Uruguay Yüksek Mahkemesi, 18.831 sayılı Kanunun 2 ve 3. maddelerinin anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir; bu karar, affın yeniden geçerli olması sonucunu doğurmaktadır, çünkü suçlar zamaşımına uğramaktadır.

İspanya Ulusal Mahkemesi, failin menşei ülkesindeki afların, yetkililerin uluslararası hukuk uyarınca suç faillerini kovuşturmalarını engellemediğine karar vermiştir.⁹⁴¹

Öte yandan, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, 25 Temmuz 1996 tarihli kararıyla 1995 tarihli 34 sayılı Ulusal Birlik ve Uzlaşma Yasasıyla öngörülen genel ulusal affı onaylamıştır.⁹⁴² Mahkeme,

⁹³⁸Almonacid-Arellano et al / Şili, AAİHM, 26 Eylül 2006 tarihli karar, Series C No. 154, para. 121-122.

⁹³⁹Ibid, para 171(5) 6.

⁹⁴⁰Gelman / Uruguay, AAİHM, 24 Şubat 2011 tarihli karar, Series C No. 221.

⁹⁴¹Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena, İspanya Ulusal Mahkemesi, 5 Kasım 1998 tarihli karar.

⁹⁴²AZAPO and others /Güney Afrika Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı ve Diğerleri,

affın, faillerin gerçeği söylemesini sağlamak için etkili bir teşvik oluşturduğunu, gerçeğin ortaya çıkarılmaması halinde etkili ko-
vuşturmanın soyut bir amaç olarak kalacağını belirtmiştir. Ayrıca,
apartheid rejimini sona erdiren "tarihi köprü'nün" inşa edilmesine
izin veren şeyin muhtemelen af olduğunu hatırlatmıştır.⁹⁴³ Ancak
Mahkeme, af kararının sadece failler tarafından alınmadığını⁹⁴⁴ ve
Kanun'un "genel af" öngörmediğini vurgulamıştır.⁹⁴⁵ Nitekim, af
yalnızca başvuru sahibinin "tüm ilgili olayların eksiksiz bir şekilde
açıklanması" koşuluyla sağlanmıştır.⁹⁴⁶ Af Komitesi, başvurunun
bütün gerçeği anlattığından emin olmadığı bazı durumlarda affı
reddetmiştir.⁹⁴⁷ Ayrıca, Hakikat ve Uzlaşma Komisyonunun kilit
önerilerinden biri "cezasızlık kültüründen kaçınmak ve hukukun
üstünlüğünü sağlamak için hangi gerekçeyle olursa olsun genel af
çıkartılmasına karşı direnmek gerektiğidir".⁹⁴⁸

Hiçbir uluslararası organ, Güney Afrika affının hukukiliği konusun-
da henüz bir karar açıklamadıysa da, failin celp yetkisine sahip bir
komisyon önünde hakikati anlatmak zorunda olması, affın redde-
dilebilmesi, mağdurların bu süreçte yer alması ve sürece katkıda
bulunabilmesi gibi nedenlerle bu sürecin bir yargı sürecine yakın
olduğu söylenebilir. Bu anlamda bir genel af niteliği taşımamakta-
dır. Bu süreçten diğer afların yasallığına ilişkin bir sonuç çıkarmak
zordur. Nitekim: "Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu önündeki haki-
kat için af süreci, 'gerçek' adaletten uzak olsa da en dürüst şekilde

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Dava CCT-17/96, 25 Temmuz 1996 tarihli karar.

⁹⁴³Ibid, para 19.

⁹⁴⁴Ibid, para 24.

⁹⁴⁵Ibid, para 32.

⁹⁴⁶1995 tarihli 34 sayılı Ulusal Birlik ve Uzlaşmanın Geliştirilmesi Kanunu, Madde 20.

⁹⁴⁷Bkz. Mesela: Victor Mthandeni Mthembu, Af Komitesi, AM1707/96, AC/2001/092; Roelof Jacobus Venter, Af Komitesi, AM2774/96, ACC/2001/107.

⁹⁴⁸Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu Raporu, Cilt 6, Bölüm 5, Alt Bölüm 7, Tavsiye No. 31.

tasarlanmış geçiş süreci düzenlemesi olarak saygı görmeyi hak etmektedir, zira dünyadaki diğer benzerlerinin çoğu hakikatten ziyade af üretmekte ya da vaat etmektedir”.⁹⁴⁹

Bir başka ilginç af süreci, Kuzey İrlanda’daki Hayırlı Cuma Anlaşması’nda (Good Friday Agreement) yer almıştır. Bu barış anlaşması mahkumların önceden serbest bırakılmasına olanak sağlamaktadır. Bununla birlikte, Anlaşma hiçbir şekilde bir genel af içermemektedir: yalnızca mahkumlar, yani daha önce yargılanan ve cezalandırılanlar bundan yararlanabilir; ve yalnızca “tam ve kesin bir ateşkes” taahhüt eden örgütlere mensup olan mahpuslar önden faydalanabilir; bu koşul inceleme altında tutulur; “kişinin mahkum olduğu suçların ciddiyeti ve toplumu koruma gereği” dikkate alınır.⁹⁵⁰ Temmuz 1998 tarihli Kuzey İrlanda (Cezalar) Yasası uyarınca, terörle ilgili suçlardan mahkum olan ve beş yıl veya daha fazla hapis cezasına hükmedilen mahkumlar, erken tahliye için Bağımsız Ceza İnceleme Komisyonlarına başvuruda bulunma hakkına sahiptir, ve ancak cezalarının üçte birini tamamladıktan sonra ya da ömür boyu hapis cezası durumunda cezalarının üçte ikisini tamamladıktan sonra başvurabilirler.⁹⁵¹ Serbest bırakma lisanslarının askıya alınabileceğini ve askıya alındığını, hatta iptal edildiğini ve mahkumların cezaevine geri alındığını da belirtmek gerekir.⁹⁵²

Özetle, uluslararası uygulama ve içtihat, ciddi insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinin failleri için af uygulanmasının Devletin uluslararası kovuşturma ve ceza verme yükümlülüğünü ihlal ettiğini ve mağdurların adalet hakkına aykırı olduğunu göstermektedir.

⁹⁴⁹Reed Brody, ‘Justice: The First Casualty of Truth’ (Adalet: Hakikatin İlk Telefati), The Nation, 30 Nisan 2001.

⁹⁵⁰Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti ile İrlanda Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Anlaşma, Ek B, ‘Mahpuslar’.

⁹⁵¹Kuzey İrlanda (Ceza) Kanunu 1998, Maddeler 4(1)(a) ve 6(1).

⁹⁵²Ibid, Madde 8.

Farklı Birleşmiş Milletler organları arasındaki, bu tür ihlallere ilişkin afları reddetme yönünde ortaya çıkan ortak eğilimi dikkate almak önemlidir. Nitekim, hem insan haklarına saygıyı sağlamakla görevlendirilmiş organlar, hem de uluslararası barış ve güvenliği güvence altına almakla görevli olan Güvenlik Konseyi, bu konuda örtüşen görüşlere sahiptirler. Bu da genellikle ileri sürülen, afların mağdurların haklarını ihlal edebileceği, ancak barışın ve istikrarın sağlanması ve korunması için gerekli olduğu yönündeki ikilemin hatalı ve yanlış bir şekilde formüle edilmiş olduğuna dair güçlü bir göstergedir. Aksine, istikrar ve barış ancak adalete ve hukuka saygı çerçevesinde sağlanabilir.

9.3 Zamanaşımı

Zamanaşımı, zamanın geçmesi nedeniyle yasal işlemlerin başlatılmasını veya devam etmesini engelleyen yasal bir prosedür engeldir. Cezai, hukuki veya idari yargılamalarda uygulanabilir. Ceza hukukunda, suç çok eski bir tarihte işlenmişse, zamanaşımı ağır insan hakları ihlallerinin faillerinin kovuşturulmasına engel teşkil edebilir. Ayrıca tazminat veya diğer telafi talepleri için de engel teşkil edebilir. Bu taleplerin hukuk mahkemelerinde veya idare mahkemelerinde ileri sürüldüğü ve zamanaşımına tabi olduğu hallerde durum budur. Ancak ceza davalarındaki zamanaşımı hükümleri telafi taleplerini de etkileyebilir. Örneğin, bu tür iddiaların yerel mahkemelerde ceza yargılamasında (medeni müdahale, şahsi dava ya da ceza davasında tazminat talebi şeklinde yapıldığı durumlar gibi) yapılması halinde, suç için uygulanacak zaman aşımı bu talepleri de etkileyecektir. Suç için öngörülen zaman aşımı bazı sistemlerde medeni ya da idari talepleri de kapsayabilir. Yasal olarak olmasa bile, soruşturma ve kovuşturma eksikliği, hukuk veya idari yargı alanındaki telafi talebinde dolaylı bir etkiye sahip olacaktır, çünkü delil toplama konusunda bu mahkemeler farklı ve çoğu zaman daha zayıf yetkiye sahiptirler.

Cezasızlığa İlişkin Güncellenmiş BM İlkeleri, ceza davalarında zamanaşımın etkili bir hukuk yolunun bulunmadığı dönemlerde işlemeyeceğini; doğası gereği zamanaşımına tabi olmayan uluslararası hukuktaki suçlara uygulanmayacağını; uygulandığı hallerde ise zararlarının telafisi amacıyla mağdurlar tarafından açılan

idari ya da hukuk davalarında geçerli olmayacağını öngörmektedir.⁹⁵³ Benzer şekilde, telafi hakkına ilişkin Özel Raportör Theo van Boven, Alt Komisyon'a sunduğu son raporda telafi taleplerinde zamanlaşımı sorununu ele almıştır:

"Bazen, uzun bir zaman geçmesinin bir sonucu olarak telafi ihtiyacının ortadan kalktığı ve dolayısıyla artık geçerli olmadığı iddia edilmektedir.. zamanlaşımının uygulanması genellikle ağır insan hakları ihlallerinin mağdurlarını almaları gereken telafilerden mahrum etmektedir. İnsan haklarının ağır ihlaliyle ilgili telafi taleplerinin zamanlaşımına tabi olmayacağına ilişkin ilkeler üstün olmalıdır. Bu bağlamda, ağır insan hakları ihlallerinin etkilerinin, bağlayıcı hukuki görüşlere göre, zamanlaşımının geçerli olmadığı en ciddi suçlarla bağlantılı olduğu dikkate alınmalıdır. Dahası, birçok insan hakları ihlali mağdurları için, zamanın geçmesinin acılarını azaltmadığı; aksine, uzun bir süre boyunca maddi, tıbbi, psikolojik ve sosyal yardım ve destek gerektiren travma sonrası stres bozukluğunda artış olduğu herkesçe kabul edilmektedir."⁹⁵⁴

Görülebildiği kadarıyla tazminat talepleri için zamanlaşımına ilişkin çok az içtihat vardır. Bununla birlikte, ceza soruşturmalarındaki zamanlaşımı bu talepleri etkilediğinden ve kovuşturmayı ve mağdurların adalet hakkını engellediğinden dolayı kısaca ele alınacaktır. Görüleceği gibi, yaygın uygulama, uluslararası teamül hukukunun savaş suçlarını, insanlığa karşı suçları ve soykırımı zamanlaşımı dışında tuttuğunu göstermektedir. Ayrıca, uluslararası hukukta, diğer ağır insan hakları ihlalleri için zamanlaşımını yasaklama eğilimi ortaya çıkmaktadır.

⁹⁵³Cezasızlıkla mücadele yoluyla insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için ilkeler seti Güncellenmiş İlkeler, BM Bel E/CN.4/2005/102 (2005), İlke 23. Ayrıca bkz. Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge Madde 17(2).

⁹⁵⁴Ağır insan hakları ve temel özgürlükler ihlallerinin mağdurları için eski hale iade, tazminat ve rehabilitasyon haklarına ilişkin Özel Raportör tarafından sunulan Nihai Rapor, BM Bel E/CN.4/Sub.2/1993/8 (1993), para 135.

Savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım

Soykırım da dahil olmak üzere savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar için zamanaşımı yasağı getirme yönünde bir teamül kuralının ortaya çıkmakta olduğu görülmektedir.

Savaş Suçu, İnsanlığa Karşı ve Barışa Karşı Suçlardan Suçlu Kişilerin Cezalandırılmasına İlişkin Aralık 1945 tarihli, 10 sayılı Kontrol Konseyi Kanunu, kanunda belirtilen suçlar için 30 Ocak 1933 ile 1 Temmuz 1945 tarihleri arasında zamanaşımının uygulanmasını yasaklamıştır.⁹⁵⁵ Daha sonra, Genel Kurul, 1968’de Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmayacağına İlişkin Sözleşmeyi kabul etmiştir. 17 Temmuz 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü bu konuya ilişkin 29. maddesinde şöyle demektedir: “Mahkemenin yargı yetkisi dahilindeki suçlar herhangi bir zamanaşımına tabi değildir”.

Avrupa’da, 25 Ocak 1974 tarihli, Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile benzer bir anlaşma kabul edilmiştir.⁹⁵⁶

Birleşmiş Milletlerin, özellikle çatışmalar konusundaki son uygulamaları da, uluslararası hukukta işlenen suçların zamanaşımına tabi olmadığını kabul ediyor gibi görünmektedir. Bu, BM geçiş dönemi otoriteleri tarafından veya BM himayesinde uygulanan mevzuattan anlaşılmaktadır. Doğu Timor’da, 2000/15 sayılı Yönetmeliğin 17. maddesi soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçlar ve işkencenin “herhangi bir zamanaşımına tabi olmadığını” öngörmektedir.⁹⁵⁷ 15 Ocak 2001 tarihli Kamboçya

⁹⁵⁵Kontrol Konseyi Kanunu No. 10, Savaş Suçları İnsanlığa Karşı Suçlar ve Barışa Karşı Suçlardan Suçlu Kişilerin Yargılanması, 20 Aralık 1945, Madde II(5), şöyledir: “Burada belirtilen suçlardan dolayı sanıklar hiçbir soruşturma ve yargılamada 30 Ocak 1933 ile 1 Temmuz 1945 tarihleri arasında zamanaşımından yararlanamaz ne de Nazi rejimi tarafından sağlanan bağışıklık, özel ya da genel af yargılamaya ve cezalandırmaya engel teşkil etmez”.

⁹⁵⁶Bu anlaşma 27 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe girmiş fakat çok az devlet tarafından onaylanmıştır.

⁹⁵⁷Düzenleme No. 2000/15, Doğu Timor’da Geçici BM Yönetimi tarafından Kabul

Mahkemelerinde Demokratik Kampuchea Döneminde İşlenen Suçların Kovuşturulmasına Dair Olağanüstü Dairelerin Kurulması Hakkında Kanun "1956 tarihli Ceza Kanununda cinayet, işkence ve dini zulüm suçları için öngörülen zamanaşımı süresini 20 yıl daha uzatmış"⁹⁵⁸ ve soykırım eylemlerini ve insanlığa karşı işlenen suçları zamanaşımı kapsamı dışına çıkarmıştır.⁹⁵⁹

Bu uluslararası uygulamanın ışığında, Uluslararası Kızılhaç Komitesi (UKK), "bazı unsurların, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarda zamanaşımının uygulanamayacağına ilişkin kuralın gelişmekte olan teamüli niteliğine katkıda bulunduğu" kanaatindedir.⁹⁶⁰ Aynı nedenden ötürü, Amerikalılar-arası Mahkeme, "Mahkeme, insanlığa karşı işlenen suçlarda zamanaşımının uygulanmamasının Genel Uluslararası Hukuk (jus cogens) normu olduğuna inanmaktadır" demiştir.⁹⁶¹

Ağır insan hakları ihlalleri (genel)

Savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçlarına ilişkin zamanaşımı yasağının ötesinde, uluslararası hukukta bu yasağı diğer ağır insan hakları ihlallerine yayma eğilimi ortaya çıkmaktadır.

İnsan Hakları Komitesi, Arjantin'e ilişkin Sonuç Gözlemlerinde şöyle demiştir: "Askeri idare dönemindeki ağır medeni ve siyasi hak ihlalleri, faillerini adalet önüne getirmek için gerektiği kadar

edilen Ciddi Suç Teşkil Eden Fiiller için Münhasır Yetkili Kurullar Kurulmasına Dair Düzenleme, BM Bel UNTAET/REG/2000/15 (2000), Madde 17.1.

⁹⁵⁸Demokratik Kampuchea Döneminde İşlenen Suçları Yargılamak Üzere Kamboçya Mahkemelerinde Olağanüstü Daireler Kurulmasına Dair Kanun, 2001, Madde 3.

⁹⁵⁹Ibid, Maddeler 4, 5.

⁹⁶⁰Répression nationale des violations du droit international humanitaire, Dossier d'information, CICR, Décembre 2003.

⁹⁶¹Almonacid-Arellano et al / Şili, AAİHM, 26 Eylül 2006, Series C No. 154, para 153;

geçmişe giderek ve gerektiği sürece kovuşturulabilir olmalıdır".⁹⁶² Komite, Madde 2 ile ilgili 31 Nolu Genel Yorumunda, "zamanaşımın geçerli olduğu durumlarda makul olmayan çok kısa zamanaşımı süreleri ... gibi hukuki sorumluluğun tesisinin önündeki engellerin kaldırılması gerektiğini" belirtmiştir.⁹⁶³

Aynı şekilde, İşkenceye Karşı Komite, Venezüella mevzuatındaki pozitif bir boyut olarak "... Anayasanın... Devletin insan hakları suçlarını soruşturmasını ve ceza uygulamasını gerektirdiğini belirterek, bu yöndeki ceza davalarının zamanaşımına tabi olmadığını ve af ya da genel af gibi cezasızlığa neden olan diğer önlemleri dışladığını" belirtmiştir.⁹⁶⁴

Ağır insan hakları ihlalleri için zamanaşımının reddini açık bir şekilde *Barrios Altos* Davasında dile getiren Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi şöyle demiştir:

"Bu Mahkeme, bütün af hükümlerinin, zamanaşımına ilişkin hükümlerin ve sorumluluğu ortadan kaldırmayı amaçlayan önlemlerin alınmasının kabul edilemez olduğu kanaatindedir, çünkü bunlar işkence, hukuk dışı, yargısız ya da keyfi infazlar, zorla kaybedilmeler gibi tamamı uluslararası insan hakları hukuku tarafından tanınan dokunulamaz hakları ihlal ettiği için yasaklanmış olan insan hakları ihlallerinden sorumlu olan kişilerin soruşturulmasını ve cezalandırılmasını önlemeyi amaçlamaktadır".⁹⁶⁵

⁹⁶²İnsan Hakları Komitesi, Sonuç Gözlemleri, Arjantin, BM Bel CCPR/CO/70/ARG (2000), para 9.

⁹⁶³İnsan Hakları Komitesi Sözleşmeye taraf Devletlere yüklenen genel hukuki yükümlülüğün doğasına ilişkin 31 Nolu Genel Yorum, BM Bel CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004), para 18

⁹⁶⁴İşkenceye Karşı Komite Sonuçlar ve tavsiyeler Venezüella, BM Bel CAT/C/CR/29/2 (2002), para 6(c).

⁹⁶⁵Barrios Altos Case / Peru, AAİHM, 14 Mart 2001 tarihli karar, Series C No. 75, para 41.

Mahkeme bu kararını sonraki davalarda da yinelemiştir.⁹⁶⁶

İşkence

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Furundzija davasında, işkence yasağının kalıcı niteliğinin sonuçlarından birinin "... işkencenin zamaşımı nedeniyle yargılanmaktan kaçınılamaması olduğunu" belirtmiştir.⁹⁶⁷

Ayrıca, İşkenceye Karşı Komite tarafından yapılan son gözlemlerden, işkence suçuna zamaşımı hükümlerinin uygulanabilirliğini reddettiği açıkça anlaşılmaktadır.⁹⁶⁸ Benzer şekilde, işkenceye ilişkin Özel Raportör, faillerin yasal sorumluluktan muaf tutulmasına yol açan zamaşımı hükümlerini eleştirmiştir.⁹⁶⁹

"Kaybedilmeler" özel vakası

Zorla kaybedilmeler, mevcut uluslararası insan hakları sözleşmeleri kapsamında zamaşımından açıkça istisna edilmemiş olmakla birlikte, uluslararası hukuk, yine de bu suçlar için zaman aşımının, mağdurlar için etkili bir çözüm imkânı bulunmadığı sürece, işleme-

⁹⁶⁶Barrios Altos Case, Kararın Esasına İlişkin Yorum, AAİHM, 3 Eylül 2001, Series C No. 83, para 15; Trujillo Oroza / Bolivya (Telafiler), AAİHM, 27 Şubat 2002 tarihli karar, Series C No. 92, para 106; Caracazo Case / Venezüella (Telafiler), AAİHM, 29 Ağustos 2002, Series C No. 95, para 119, Gomes Lund et al ("Guerrilha Do Araguaia") / Brezilya, AAİHM, 24 Kasım 2010 tarihli karar, Series C No. 219, para 171.

⁹⁶⁷Furundzija Case, YUCM, 10 Aralık 1998, IT-95-17/1, para 157.

⁹⁶⁸İşkenceye Karşı Komite Sonuçlar ve Tavsiyeler: Türkiye, BM Bel CAT/C/CR/30/5 (2003), Tavsiye, para 7(c); Slovenya, BM Bel CAT/C/CR/30/4 (2003), Tavsiye, para 6(b); Şili, BM Bel CAT/C/CR/32/5 (2004), para 7(f).

⁹⁶⁹İşkence Özel Raportörünün Raporu: İspanya Ziyareti, BM Bel E/CN.4/2004/56/Add.2 (2004), para 45: "Yargılama başlamadan önceki yargısal süreçler o derece uzundur ki, çoğu zaman suç için öngörülen zamaşımı süresi dolmuş olduğundan, suçlanan memur yargılanamamaktadır".

ye başlayamayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Kaybedilmeler, bu anlamda devam eden (mütemadi) suçlar olarak kabul edilir. Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Deklarasyonu, zamanaşımı hükümlerinin uygulanabilirliğini sınırlamayı amaçlamaktadır: failler kaybedilen kişinin akıbetini ve nerede olduğunu gizlemeye devam ettiği ve gerçekler açığa çıkmadığı sürece, kaybedilmeler devam eden bir suç olarak kabul edilecektir; zamanaşımı UMSHS'nin 2. maddesi anlamında etkili bir çözüm bulunmadığı süre boyunca işlemeyecek ve başvuru imkanının olduğu hallerde de çözümün esaslı ve işlenen suçun aşırı ağırlığı ile orantılı olması gerekir. Benzer şekilde, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 8. Maddesi, zorla kaybedilmeyle ilgili olarak zamanaşımı uygulayan her Devleti, "sürenin yeterince uzun ve işlenen suçun aşırı ağırlığıyla orantılı olmasını sağlamasını" ve "suçun devam eden niteliğini dikkate alarak suçun ya da zorla kaybedilmenin sona erdiği andan itibaren işlemeye başlamasını" öngörmektedir. Ek olarak: "Her Taraf Devlet, zorla kaybedilme mağdurlarının zamanaşımı süresi boyunca etkili bir çözüm haklarını garanti eder".

Kişilerin Zorla Kaybedilmesine İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşme'nin 7. maddesi şöyledir: "Kişilerin zorla kaybedilmesiyle ilgili cezai kovuşturma ve faile yargısal olarak uygulanacak ceza, zamanaşımı hükümlerine tabi değildir. Bununla birlikte, önceki paragrafta yer alan şartın uygulanmasını önleyen temel bir norm varsa, zamanaşımı süresi, ilgili Taraf Devletin iç hukukundaki en ağır suçlar için geçerli olan süreye eşit olacaktır."

Meksika Yüksek Mahkemesinin, kaybedilmeler dolayısıyla cezai sorumluluğa ilişkin kararı, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Deklarasyonunda belirtilen ilkeyi takip etmektedir. Yasadışı özgürlükten yoksun bırakma durumunda, o ana kadar suç devam ettiği için tutuklanan kişinin bedeni bulunun-

caya kadar zamanaşımının işlemeyeceğine karar vermiştir.⁹⁷⁰

Ulusal mevzuat ve içtihatlardaki eğilimler

Açıkça⁹⁷¹ ya da Devletin uluslararası yükümlülüklerine atıfta bu-

⁹⁷⁰Jesus Ibarra Case, Ulusal Yüksek Mahkeme (Meksika), 5 Kasım 2003 tarihli karar.

⁹⁷¹Bosna Hersek: soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları yada uluslararası hukukun suç saydığı diğer fiiller için (Ceza Kanununun 19. Maddesi); Bulgaristan: İnsanlığa ve barışa karşı suçlar (1991 tarihli Bulgaristan Anayasasının 31(7) maddesi); Hırvatistan: soykırım, saldırı savaşı, savaş suçları ve uluslararası hukuka göre zamanaşımına tabi olmayan diğer suçlar (Ceza Kanunu 18 ve 24 maddeler); Çek Cumhuriyeti: savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar gibi belli suçlar (Ceza Kanununun 67a maddesi); Macaristan: savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, belli cinayet suçları, belli adam kaçırmaya suçları, üst veya amire şiddet ve belli terör suçları (Ceza Kanununun 33(2) maddesi); Estonya: insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları (Ceza Kanununun 5(4) maddesi); Polonya: savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve barışa karşı suçlar, (1997 tarihli Anayasanın 43. Maddesi ve 6 Haziran 1997 tarihli ceza Kanununun 105. Maddesi); Slovenya: soykırım, savaş suçları ve "kovuşturulması uluslararası anlaşmalarla engellenemeyen suçlar" (Ceza Kanununun 116. Maddesi); Slovakya: soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları (Ceza Kanununun 67. Maddesi); Rusya Federasyonu: İnsanlığın barışına ve güvenliğine karşı suçlar (Ceza Kanununun 60(8). Maddesi); Kırgızistan: İnsanlığın barışına ve güvenliğine karşı suçlar ve savaş suçları (Ceza Kanununun 67(6). Maddesi); Moldova Cumhuriyeti: 'İnsanlığın barışına ve güvenliğine karşı suçlar ve savaş suçları ya da Moldova Cumhuriyetinin taraf olduğu antlaşmalarda belirtilen diğer suçlar" (Ceza Kanununun 60(8) maddesi); Tacikistan: İnsanlığın barışına ve güvenliğine karşı suçlar (Ceza Kanununun 75(6) ve 81(5) maddeleri), Ermenistan: İnsanlığın barışına ve güvenliğine karşı suçlar ve Ermenistan'ın taraf olduğu antlaşmalarda yer alan suçlar (Ceza Kanununun 75(5) maddesi); Azerbaycan: 'İnsanlığın barışına ve güvenliğine karşı suçlar (Ceza Kanununun 75(5) maddesi); Beyaz Rusya: İnsanlığın barışına ve güvenliğine karşı suçlar ve savaş suçları (Ceza Kanununun 85. maddesi); Burkina Faso: soykırım ve insanlığa karşı suçlar (Ceza Kanununun 317. maddesi); Mali: soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları (Ceza Kanununun 32. maddesi); Ruanda: 33 bis/2003 sayılı ve 06/09/2003 tarihli Kanununun 20. Maddesine göre soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları; Fransa: soykırım ve insanlığa karşı suçlar (1994 tarihli Ceza Kanununun 213-5. maddesi); İtalya: ömür boyu hapis cezasını gerektiren suçlar (Ceza Kanununun 157. maddesi); İsviçre: soykırım, savaş suçları ve kişinin fizik

lunmak suretiyle⁹⁷² soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarını zamanaşımı kapsamı dışında tutma yönünde yaygın bir uygulama olduğu görülmektedir. Çoğu ortak hukuk (common law) ülkesi olan bir dizi ülke, iç hukuklarında zamanaşımı kavramını kullanmadıkları için bu konuda sessizdirler.⁹⁷³ Soykırım suçları, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları için zamanaşımı yasağı da ulusal içtihatlarla da teyit edilmiştir.⁹⁷⁴

bütünlüğü aleyhine işlenen diğer bazı suçlar (Ceza Kanununun 75bis.maddesi); Belçika: Uluslararası insancıl hukukun ağır ihlalleri (Ceza Kanununun 144. maddesi). Kanun 2003 yılında değiştirilmiş fakat uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için zamanaşımı aynı kalmıştır.

⁹⁷²Gürcistan: Ceza Kanununun 71, 76 maddeleri; Moldova: Ceza Kanununun 60(8) maddesi; Ermenistan: Ceza Kanununun 75(5) maddesi; Bosna Hersek: Ceza Kanununun 19. maddesi; Guatemala: Ulusal Uzlaşma Kanununun 8. Maddesi (*Ley de reconciliación nacional*); Hırvatistan: Ceza Kanununun 18 ve 24. Maddeleri; Slovenya: Ceza Kanununun 116. Maddesi; Güney Afrika: UCM Roma Statüsünün uygulanması Kanunu (N° 27 of 2002) (Kanunla Roma Statüsünün 29 maddesi Kabul edilmiştir); Arjantin: 20 Ağustos 2003 tarihli 25.778 sayılı Kanun (Kanun, Zamanaşımının Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Uygulanmamasına İlişkin Sözleşmeye Anayasal statü tanımaktadır) İspanya: Ceza Kanununun 131(4). Maddesi 25 Kasım 2003 tarihli Organik Kanunla (Ley Orgánica 15/2003) değiştirilmiştir; Almanya: 26 Haziran 2002 tarihli Uluslararası Hukuk suçları Yasasının 5. Maddesiyle getirilmiştir; Hollanda: 19 Haziran 2003 tarihli Uluslararası Suçları Yasasının 13 Maddesi; Yeni Zelanda: 2000 tarihli Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu (12. Maddesinde Roma Statüsünün 29. Maddesi tekrarlanmıştır).

⁹⁷³Avustralya: 27 Haziran 2002 tarihli UCM Kanunu (n°42) (Sonradan değişiklikler yapılmıştır): zamanaşımına ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Avustralya hukukunda UCM suçları için herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir ; İranda: Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu 2003 (zamanaşımı konusunda hüküm içermez); Birleşik Krallık: Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu 2001 (zamanaşımına ilişkin hüküm içermez, BK hukukunda UCM suçları için herhangi bir zamanaşımı öngörülmemiştir); Kanada: 29 Haziran 2000 tarihli İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları Kanunu (kanunda zamanaşımına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır, Kanada hukukunda UCM suçları için zamanaşımı süresi öngörülmemiştir).

⁹⁷⁴Kudüs Bölge Mahkemesi, Eichman davası, 12 Aralık 1961 tarihli karar, para 53; insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları; Yargıtay, Klaus Barbie davası, 20 Aralık 1985: insanlığa karşı suçlar; Roma Askeri İstinaf Mahkemesi, 22 Temmuz

Bazı ülkeler daha da ileri gitmiş ve diğer ağır insan hakları ihlalleri ve suçlar için zamanaşımını yasaklamışlardır. Örneğin, Ekvador Anayasası, soykırım, işkence, zorla kaybetme, adam kaçırma, siyasi nedenlerle veya inanç nedenleriyle cinayet suçlarında zamanaşımını yasaklamaktadır.⁹⁷⁵ Guatemala'da, Ulusal Uzlaşma Yasası, soykırım, işkence, zorla kaybetme ve "iç hukuk ve Guatemala tarafından onaylanan uluslararası anlaşmalara uygun olarak, zamanaşımına veya cezai sorumluluğun sona ermesine tabi olmayan" suçları zamanaşımı kapsamı dışına çıkarmıştır.⁹⁷⁶ 1999 tarihli Bolivarcı Venezuela Cumhuriyeti Anayasası'nın 29. maddesi, insanlığa karşı suçlar, ağır insan hakları ihlalleri ve savaş suçları için zamanaşımını yasaklamaktadır; Ceza Kanunu da ayrıca zorla kaybetme suçu için zamanaşımını yasaklamıştır.⁹⁷⁷ El Salvador'da işkence, terör eylemleri, adam kaçırma, soykırım, savaş hukuku ve teamüllerinin ihlali, kişilerin zorla kaybedilmesi, siyasi, ideolojik, ırksal, cinsiyetçi veya dini zulüm için herhangi bir zamanaşımı öngörülmemiştir.⁹⁷⁸ Paraguay Anayasası, soykırım, işkence, kişilerin zorla kaybedilmesi, adam kaçırma veya siyasi nedenlerle cinayet suçlarının zamanaşımı hükümlerine tabi olmayacağını belirtir.⁹⁷⁹ Etiyopya'da, "soykırım, yargısız infazlar, zorla kaybedilmeler veya işkence gibi Etiyopya tarafından onaylanan uluslararası anlaşmalar ve diğer Etiyopya yasaları tarafından insanlığa karşı suç olarak tanımlanan fiiller için" zamanaşımı öngörülmemiştir.⁹⁸⁰ Macaristan'da, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, bazı ciddi cinayet suçları, bazı adam kaçırma ve üste veya kamu görevlisine yönelik şiddet suçları ve bazı terör eylemleri için zamanaşımı ya-

1997, Haas ve Priebke davaları: insanlığa karşı suçlar; bu karar Askeri İstinaf Mahkemesi tarafından 7 Mart 1998 tarihinde Yargıtay tarafından ise 16 Kasım 1998 tarihinde onanmıştır; Arjantin Yüksek Mahkemesi: Erich Priebke Davası No. 16.063/94, 2 Kasım 1995: insanlığa karşı suçlar.

⁹⁷⁵Ekvador Anayasası 1998, Madde 23.

⁹⁷⁶Ulusal Uzlaşma Yasası (Ley de reconciliación nacional), İspanyolca, Madde 8.

⁹⁷⁷Venezüella Ceza Kanunu 2000, Madde 181

⁹⁷⁸El Salvador Ceza Kanunu 2000, Madde 99, Kanun yürürlüğe girmeden önce işlenen soykırım, işkence ve zorla kaybetme suçları için geçmişe yürürlü olarak zamanaşımını yasaklamaktadır.

⁹⁷⁹Paraguay Anayasası 1992, Madde 5; ve Paraguay Ceza Kanunu 1997, Madde 102(3).

⁹⁸⁰Etiyopya Anayasası 1994, Madde 28.

saklanmıştır.⁹⁸¹ İtalya, ömür boyu hapis cezasını gerektiren tüm suçları zamanaşımı kapsamı dışına çıkarmıştır.⁹⁸² İsviçre, yalnızca soykırım ve savaş suçları için değil, aynı zamanda kişilerin fiziksel bütünlüğüne karşı işlenen diğer bazı suçlar için de zamanaşımını yasaklamıştır.⁹⁸³

Soykırım suçları, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları için zamanaşımı yasağı ayrıca ulusal içtihatlarla da teyit edilmiştir.

Kudüs Bölge Mahkemesi, Eichman'a ilişkin kararda, bu suçların aşırı derecedeki ağırlıkları dolayısıyla, Yahudi halkına yönelik suçlar, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları için zamanaşımına izin vermeyen Naziler ve Nazi İşbirlikçileri (Cezalandırma) Yasası'nın geçerliliğini doğrulamıştır.⁹⁸⁴

Fransa'da Yargıtay, *Klaus Barbie* ile ilgili kararında, insanlığa karşı suçlarının zamanaşımı hükümlerine tabi olmadığına hükmetmiştir.⁹⁸⁵

Roma Askeri İstinaf Mahkemesi ve Yargıtay, *Priebke'yi* 15 yıl hapis cezasına çarptırmıştır. Zamanaşımının savaş suçlarına uygulanamaması ilkesini uluslararası hukukun bağlayıcı bir normu olarak tanımlamıştır.⁹⁸⁶

Arjantin Yüksek Mahkemesi, 1995 yılında Erich Priebke'nin İtalya'ya iadesiyle ilgili davada, suçları insanlığa karşı suç olarak

⁹⁸¹Macaristan Ceza Kanunu, Madde 33(2).

⁹⁸²İtalya Ceza Kanunu, Madde 157.

⁹⁸³İsviçre Ceza Kanunu, Madde 75bis.

⁹⁸⁴Eichman davası, Kudüs Bölge Mahkemesi (İsrail), 12 Aralık 1961 tarihli karar, para 53.

⁹⁸⁵Klaus Barbie davası, Yargıtay (Fransa), 20 Aralık 1985.

⁹⁸⁶Haas ve Priebke davaları, Roma Askeri İstinaf Mahkemesi (İtalya), 22 Temmuz 1997 tarihli karar. Bu karar Askeri İstinaf Mahkemesi tarafından 7 Mart 1998, Yargıtay tarafından ise 16 Kasım 1998 tarihinde onanmıştır.

nitelendirmenin Devletlerin iradesine değil, uluslararası hukukun bağlayıcı normlarına bağlı olduğuna ve bu şartlar altında bu suçlar için zamanaşımı bulunmadığına karar vermiştir.⁹⁸⁷

Buenos Aires Federal Ceza Mahkemesi, 1999 yılında, eski general-lerin önleyici tutuklanmasıyla ilgili davada, kişilerin zorla kaybedilmesinin insanlığa karşı bir suç teşkil ettiğine ve bu nedenle, ne zaman işlenmiş olursa olsun, zamanaşımına tabi olmadığına karar vermiştir.⁹⁸⁸ Paraguay Yüksek Mahkemesi aynı şekilde insanlığa karşı suçların zamanaşımına tabi olmadığına karar vermiştir.⁹⁸⁹

⁹⁸⁷Erich Priebke Sınır dışı, Arjantin Yüksek Mahkemesi, Dava No. 16.063/94, 2 Kasım 1995.

⁹⁸⁸Process against Massera and others on Exceptions, Arjantin Federal Ceza Mahkemesi, Dava No. 30514, 9 Eylül 1999 tarihli karar.

⁹⁸⁹Capitan de Caballeria Modesto Napoleón Ortigoza, Yüksek Mahkeme (Paraguay), Dava No. 585/96.

Özetle:

- Uluslararası ve ulusal içtihatların yanı sıra çok sayıda ülkenin iç yasaları, zamanaşımının, soykırım ve insanlığa karşı suçlarda uygulanamayacağına dair bir teamül kuralının olduğuna dair kanıtlar sunmaktadır.
- Ayrıca, insan hakları ihlallerinin, özellikle de işkencenin, zamanaşımına tabi olmaması gerektiğine dair gelişmekte olan bir kural bulunduğu görülmektedir.
- Kaybedilmelerle ilgili olarak, BM Bildirgesi ve Amerikalılararası Sözleşme, aynı zamanda ulusal içtihatlar, kişi kayıp olduğu sürece suç devam ettiğinden, bu süre boyunca zamanaşımının işlemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır.

Özet

Çözüm ve telafi hakkına ilişkin uluslararası yasal ilkeler aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- Ağır insan hakları ihlallerinin mağdurları hakikati öğrenme, adalet ve telafi haklarına sahiptir, buna karşılık Devletin ödevleri, etkili bir çözüm sağlamak, ihlale ilişkin soruşturma yapmak, hakikati ortaya çıkarmak, failleri kovuşturmak ve cezalandırmak ve cezasızlıkla mücadele etmek, ihlali durdurmak ve tekrarlanmamasını garanti etmek ve tam telafi sağlamaktır.
- Telafi hakkına sahip kişiler, yalnızca doğrudan mağdurlar değil aynı zamanda ihlal nedeniyle fiziksel, zihinsel veya ekonomik zarar görmüş mağdurun ailesi gibi diğer kişilerdir. İnsan hakları ihlallerinden çok sayıda insan mustarip olduğunda, haklarını elde etmeleri için toplu süreçler bulunmalıdır. Bazı durumlarda, toplu telafiler garanti altına alınabilir.
- Ağır insan hakları ihlallerinin mağdurları, bağımsız bir otorite nezdinde hızlı, etkili ve erişilebilir bir başvuru hakkına sahiptir. Avukata erişme ve gerektiğinde ücretsiz adli yardım elde etme hakkına sahip olmalıdırlar. Çözümün, telafi ve tazminat da dahil olmak üzere ihlalin sonuçlarını

ortadan kaldırabilmesi gerekir. Hızlı ve yetkili makamlar tarafından uygulanabilir olmalıdır. Ağır insan hakları ihlallerinde çözüm (başvuru yolu) adli nitelikte olmalıdır.

- İnsan hakları ihlallerinin mağdurları, failerin tespitine ve gerektiğinde cezalandırılmasına olanak tanıyacak, hızlı, kapsamlı, bağımsız ve tarafsız resmi bir soruşturma yürütülmesini talep etme hakkına sahiptir. Soruşturma makamı, kişisel ve kurumsal olarak bağımsız olmalı ve anlamlı bir araştırma yapmak için gerekli yetki ve kaynaklara sahip olmalıdır. Mağdurlar ve akrabaları, soruşturmaya etkin katılım hakkına sahiptir. Soruşturma altında olan memurlar, soruşturma sırasında görevden uzaklaştırılmalıdır.
- Hakikati öğrenme hakkı, mağdurların ve akrabalarının, yalnızca insan hakları ihlalini çevreleyen olgular ve durumlar hakkındaki gerçekleri değil, aynı zamanda kendilerinin mağduriyetine yol açan nedenleri ve muhtemel failerin motivasyonlarını da öğrenmelerini gerektirir. Bu bilgi, sadece mağdurlara ve onların yakınlarına değil, aynı zamanda bunlara zarar vermediği sürece toplumun yararına kamuoyuna duyurulmalıdır.
- İnsan hakları ihlallerine ilişkin Devlet sorumluluğu, devam ediyorsa ihlali durdurma ve tekrar etmemesini güvence altına alma yükümlülüğünü gerektirir. Tekrarlamama güvenceleri, askeri ve güvenlik güçleri üzerinde sivillerin kontrolünün sağlanması, yargının bağımsızlığının güçlendirilmesi, adli, tıbbi, medya ve ilgili personelin ve insan hakları savunucularının korunması ve insan hakları eğitimi veya ağır insan hakları ihlallerine karışan görevlilerin görevden alınması gibi farklı biçimler olabilir.
- Telif terimi, eski hale iade (*restitutio in integrum*), tazminat, rehabilitasyon ve tatmin gibi farklı düzeltici önlemleri için genel bir terim olarak anlaşılabilir. Telif talep etme hakkı, zamanaşımı hükümlerine tabi olmamalıdır.
- Eski hale iade, ihlalden önceki duruma geri dönülmesi anlamına gelir. Ancak, eski hale iade ilke olarak, esas telif şekli iken, pratikte en az gerçekleşir, çünkü özellikle de mağdurların ve akrabalarının uğradığı manevi zararlar

dolayısıyla çoğunlukla ihlalden önceki hale tamamen geri dönmek imkansızdır. İadenin mümkün olmadığı ya da yalnızca kısmen mümkün olduğu durumlarda, Devlet, mevcut durumun (*status quo ante*) kaybedilmesinden kaynaklanan zararı kapsayan tazminat sağlamalıdır.

- Devlet, ihlalin bir sonucu olarak maddi veya manevi zarar gören herkese, örneğin mağdurlara ve akrabalarına ve ihlalden zarar gördüğünü kanıtlayan mağdura yakın diğer kişilere, tazminat sağlamalıdır.
- Maddi zarar söz konusu olduğunda, içtihattan, telafi şartları yerine getirildiği sürece, ekonomik olarak değerlendirilebilecek hiçbir zararın tazminat kapsamı dışında kalmaması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Maddi zararın varlığı gösterilebiliyorsa, tazminata hükmedilmesi mağdurun kesin rakamları ayrıntılı bir şekilde kanıtlayıp kanıtlamayacağına bağlı değildir, çünkü böyle kesin rakamları kanıtlamak neredeyse imkansızdır. Detaylı bilginin bulunmaması halinde, tazminat hakkaniyet esasına göre verilir.
- Tazminat ayrıca fiziksel ya da psikolojik ıstırap için mali telafiyi de içermelidir. Bu ekonomik olarak ölçülebilir olmadığından, hakkaniyete göre değerlendirme yapılmalıdır.
- Rehabilitasyon, mağdurlara ihlalin sebep olduğu zararın üstesinden gelmek için fiziksel ve zihinsel olarak yardım etmeyi, onurlarını ve sosyal ve yasal durumlarını iyileştirmeyi amaçlamalıdır.
- Tatmin, bir kişinin onurunu, zihinsel iyiliğini ve itibarını geri kazanmasına yardımcı olmalıdır.
- Devletlerin, ağır insan hakları ihlallerinin faillerini kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü vardır. Devletlerin cezasızlıktan kaçınma ve onunla mücadele yükümlülüklerini yerine getirmeleri için ağır insan hakları ihlalleri yapan silahlı kuvvetler mensuplarının askeri mahkemelerde yargılanmaması gerekir.
- Ciddi insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinin faileri için af çıkarılması Devletin kovuşturma ve cezalandırma konusundaki uluslararası yükümlülüğünü ihlal eder ve mağdurların adalet hakkıyla bağdaşmaz.

- İnsanlığa karşı suçlar, soykırım ve savaş suçları için zamaşımı uygulanması uluslararası hukuka uymaz. Ayrıca, ağır insan hakları ihlallerinin, özellikle de işkencenin, zamaşımına tabi olmaması gerektiğine dair ortaya çıkmakta olan bir kural olduğu görülmektedir.

Ek-1

Uluslararası Normlar ve Standartlar Konusunda Bir Seçki

Birleşmiş Milletler Standartları

- İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 8. maddesi
- Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 2/3, 9/5 ve 14/6 Maddeleri
- İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmenin 13 ve 14. Maddeleri
- Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşmenin 6. Maddesi
- Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 39. Maddesi
- Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 8, 20 ve 24. Maddeleri
- Suç ve İktidarın Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Temel Adalet Prensipleri Deklarasyonunun 4. ve 5. Prensipleri
- Yasadışı, Keyfi veya Yargısız İnfazların Etkili Bir Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına İlişkin İlkelerin 4., 16. ve 20. Prensipleri
- Tüm Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Deklarasyonu'nun 9. Maddesi
- Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programınının 27. maddesi
- İnsan Hakları Savunucularına Dair Bildirge'nin 9. maddesi
- İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezalandırmanın Etkili Bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine İlişkin İlkelerin 1, 2 İlkeleri
- Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 68, 75, 79. Maddeleri
- Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen, Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddelerin 28-39 maddeleri.

İnsancıl hukuk standartları

- 1907 tarihli Kara Savaşları Kurallarına İlişkin Dördüncü Lahey Sözleşmesinin 3. Maddesi
- Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin, Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokolün 91. Maddesi

Bölgesel standartlar

- Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi'nin 7/1-a ve 21/2 maddeleri
- Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi'ne Ek Protokolünün 27. maddesi
- Arap İnsan Hakları Şartı'nın 14 /7. ve 23. Maddeleri
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5/5, 13 ve 41. Maddeleri
- Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. Maddesi
- Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 10, 25, ve 63/1 Maddeleri
- Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi'nin XVIII. Maddesi
- Amerikalılar-arası İşkenceyi Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesinin 8/1 Maddesi

Birleşmiş Milletler standartları**İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi***Madde 8*

Herkes anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını ihlal eden eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkili bir çözüm (başvuru) hakkına sahiptir.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

Madde 2/3,

Bu Sözleşmeye taraf her Devlet:

- a. Bu Sözleşme ile tanınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilmiş olan her şahsın, bu ihlal resmi sıfatla görev yapan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile, etkili bir çözüm (başvuru yolu) sağlamak;
- b. Böyle bir çözüm talebinde bulunan herkesin haklarının yetkili yargı, yürütme ya da yasama organlarınca ya da Devletin yasal sisteminde öngörülen başka bir yetkili organ tarafından karara bağlanmasını ve yargısal çözüm olanaklarının sağlanmasını güvence altına almakla;
- c. Bu hukuki yollardan sağlanan kararların yetkili organlarca uygulanmasını güvence altına almakla yükümlüdür.

Madde 9/5

Hukuka aykırı bir yakalama ya da tutuklama işleminden mağdur olan herkes, icra edilebilir bir tazminat hakkına sahiptir.

Madde 14/6

Kesin bir kararla bir suçtan dolayı mahkûm olan ve daha sonra hakkındaki hüküm, adaletin yanlış tecelli ettiğini kat'î şekilde ortaya koyan yeni veya yeni ortaya çıkan bir maddi delil dolayısıyla bozulan veya bu sebeple affa uğrayan bir kişi, evvelce bilinmeyen maddi delilin zamanında ortaya çıkmamasında kısmen ya da tamamen kendi kusuru bulunduğu ispat edilmediği takdirde, böyle bir hükmün sonucunda ceza çekmesinin karşılığı olarak yasalara uygun şekilde tazminata hak kazanır.

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme

Madde 13

Her Taraf Devlet, kendi yetkisi altındaki ülkelerde işkenceye maruz kaldığını iddia eden herhangi bir şahsın yetkili mercilere şikâyet hakkını ve davasının bu mercilerce hemen ve tarafsızca incelenmesini sağlayacaktır. Şikâyetçinin ve tanıkların şikâyetleri ya da verdikleri delil dolayısıyla her türlü kötü muamele veya tehdide karşı korunmalarını sağlamak için önlemler alınacaktır.

Madde 14

1. Her Taraf Devlet kendi hukuk sistemi dahilinde işkence eylemi mağdurunun zararının karşılanmasını ve mümkün olan rehabilitasyon imkanları dahil uygulanabilir, adil ve yeterli bir tazminat hakkına sahip olmasını temin edecektir. İşkence eylemi sonucu mağdurun ölmesi halinde bakmakla yükümlü olduğu kişiler tazminat almaya yetkili olacaklardır.

2. Bu madde, mağdurun veya diğer şahısların milli kanuna göre mevcut olabilecek tazminat hakkını hiçbir şekilde etkilemeyecektir.

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi

Madde 6

Taraf Devletler kendi yetki alanları içinde bulunan herkese, bu Sözleşmeye aykırı olarak insan haklarını ve temel özgürlükleri ihlal eden her türlü ırk ayrımcılığına karşı, yetkili ulusal yargı yerleri ve diğer Devlet kurumları vasıtasıyla etkili bir koruma ve çözüm (başvuru yolu) sağlar, ayrıca bu tür ayrımcılığın sonucu olarak uğranılan zararlar için yargı yerlerinden adil ve yeterli telafi ya da tatmin talep etme hakkı tanır.

Çocuk Hakları Sözleşmesi

Madde 39

Taraf Devletler, her türlü ihmal, sömürü ya da suiistimal, işkence ya da her türlü zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza uygulaması ya da silahlı çatışma mağduru olan bir çocuğun, bedensel ve ruhsal bakımdan sağlığına yeniden kavuşması ve yeniden toplumla bütünleşebilmesini temin için uygun olan tüm önlemleri alırlar. Bu tür sağlığa kavuşturma ve toplumla bütünleştirme, çocuğun sağlığını, özgüvenini ve saygınlığını geliştirici bir ortamda gerçekleştirilir.

Suç ve İktidarın Kötüye Kullanımı Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri Bildirgesi

İlke 4

Mağdurlara merhametle ve onurlarına saygı gösterilerek muamele edilmelidir. Mağdurlar, adalet mekanizmalarına erişme ve uğradıkları zarar için, ulusal yasaların öngördüğü şekilde, derhal giderim elde etme hakkına sahiptirler.

İlke 5

Mağdurların çabuk, adil, ucuz ve erişilebilir bir şekilde resmi veya gayri resmi prosedürlerle giderim elde etmelerini sağlamak için gerektiğinde adli ve idari mekanizmalar kurulmalı ve güçlendirilmelidir. Mağdurlara bu tür mekanizmalar yoluyla giderim elde etme hakları konusunda bilgi verilmelidir.

Yasadışı, Keyfi veya Yargısız İnfazların Etkili Bir Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına İlişkin İlkeler

İlke 4

Ölüm tehdidi alan kişiler de dahil olmak üzere, hukuk dışı, keyfi veya yargısız infaz tehlikesi altında bulunan bireylere ve gruplara, adli veya diğer yollarla etkin koruma garanti edilecektir.

İlke 16

Ölenlerin aileleri ve onların yasal temsilcileri, soruşturma ile ilgili tüm bilgilerin yanı sıra herhangi bir duruşmadan haberdar olacak ve bunlara erişebilecek ve diğer kanıtları sunma hakkına sahiptir. Ölen kişinin ailesi, otopside tıbbi veya başka bir uzman temsilci bulunmasında ısrar etme hakkına sahiptir. Ölen kişinin kimliği belirlendiğinde, ölüm bildirimi gönderilir ve ölen kişinin ailesi veya akrabaları derhal bilgilendirilir. Ölen kişinin cesedi soruşturmanın tamamlanmasından sonra ailesine iade edilir.

İlke 20

Hukuk dışı, keyfi veya yargısız infaz mağdurlarının ailesi ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler makul bir süre içinde adil ve yeterli bir tazminat alma hakkına sahiptir.

Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge

Madde 9

1. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin nerede olduklarını veya sağlık durumlarını tespit etme ve/veya hürriyetten yoksun bırakma emrini veren veya uygulayan makamı belirlemenin bir aracı olarak, hızlı ve etkili bir adli çözüm (başvuru) hakkı, yukarıdaki 7. maddede belirtilenler de dahil olmak üzere her şart altında zorla kaybedilmeyi önlemek için gereklidir.

2. Bu tür hukuki süreçlerde, yetkili ulusal makamlar, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin tutulduğu tüm yerlere ve bu yerlerin her bir bölümüne, ayrıca bu kişilerin orada tutulabileceğine inanmak için nedenlerin bulunduğu herhangi bir yere erişim hakkına sahip olmalıdır.

3. Devletin hukukuna ya da Devletin taraf olduğu herhangi bir uluslararası hukuki belgeye göre yetkili herhangi bir otorite de, bu tür yerlere erişim hakkına sahiptir.

Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı

Madde 27

Her Devlet, insan hakları şikayetlerini veya ihlallerini gidermek için etkili bir çözüm çerçevesi sağlamalıdır. Kolluk kuvvetleri ve savcılık kurumları ve özellikle de bağımsız bir yargı ve hukuk mesleği de dahil olmak üzere uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan yürürlükteki standartlara tam olarak uygun bir adalet yönetimi, demokrasi ve sürdürülebilir kalkınma süreçlerinde insan haklarının tam ve ayrımcı olmayan bir şekilde gerçekleştirilmesi için esastır. Bu bağlamda, adalet yönetimi ile ilgili kurumlar uygun şekilde finanse edilmeli ve uluslararası toplum tarafından hem teknik hem de maddi yardımın artırılması sağlanmalıdır. Güçlü ve bağımsız bir adalet yönetimini gerçekleştirmek için öncelik esasına göre özel danışmanlık hizmetleri programlarından yararlanmalarını sağlamak Birleşmiş Milletlerin görevidir.

İnsan Hakları Savunucularına Dair Bildirge

Madde 9

1. Bu bildirmede atıf yapılan insan haklarının korunması ve geliştirilmesi de dahil olmak üzere insan hakları ve temel özgürlüklerin kullanılmasında, herkesin bireysel olarak ve başkalarıyla birlikte, bu hakların ihlal edildiği durumlarda etkili çözümden (başvuru yolu) faydalanma ve korunma hakkı vardır.
2. Bu amaçla, hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, kişisel olarak ya da kanunen yetkilendirilen temsilcileri aracılığıyla şikayette bulunma ve bu şikayetin bağımsız, tarafsız ve yetkin bir mahkeme veya yasayla kurulan hukuksal bir otorite önünde kamuya açık bir duruşmada incelenmesini isteme ve bu kişinin hakları ve özgürlükleri ihlal edildiğinde, yasalar uyarınca bu otoritelerden tazminat dahil olmak üzere giderim sağlayan bir karar alma ve aynı zamanda gecikmeksizin kararın ve hükmedilen giderimin uygulamasını isteme hakkı vardır.

3. Yine bu amaçla herkesin, bireysel olarak ve başkalarıyla birlikte, özellikle:

a. İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin ihlaline ilişkin olarak, bireysel kamu görevlilerinin ya da kamu kurumlarının politikaları ve eylemleri aleyhine dilekçe veya diğer uygun yöntemlerle, şikâyet hakkında gecikmeksizin karar vermesi gereken, ulusal olarak yetkili kılınan adli, idari veya yasama otoritelerine veya Devletin hukuksal sistemine uygun olarak kurulan yetkili tüm diğer otoritelere şikâyet etme;

b. Duruşmaların, kovuşturmaların ve yargılamaların ulusal yasalara ve uygulanabilir uluslararası yükümlülüklerle ve taahhütlere uygunluğu konusunda kanaat oluşturmak amacıyla, bunlara katılma;

c. İnsan hakları ve temel özgürlüklerin savunulması için nitelikli ve profesyonel bir hukuksal yardım veya uygun olan tüm diğer tavsiye ve yardımları sunma ve sağlama hakkı vardır.

4. Yine bu amaçla ve uygulanabilir uluslararası prosedür ve belgelere uygun olarak herkesin, bireysel olarak ve başkalarıyla birlikte, insan hakları ve temel özgürlüklerle ilgili raporları almak ve incelemek için, genel veya özel yetkisi olan uluslararası organlara ulaşma ve bu organlarla hiçbir sınırlama olmaksızın iletişim kurma hakkı vardır.

5. Kendi yetki alanında bulunan tüm topraklarda, insan hakları ve temel özgürlükler ihlalinin gerçekleştiğine inanmak için nedenler bulunduğu devletin hızla ve tarafsız bir soruşturma yürütmesi veya tahkikat açılmasını sağlaması gerekir.

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezalandırmanın Etkili Bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine İlişkin İlkeler

İlke 1

İşkence ve diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaların (metinde bundan sonra işkence veya kötü muamele olarak geçecektir) etkili biçimde soruşturulması ve belgelendirilmesinin amaçları arasında aşağıdakiler sayılabilir:

a. eldeki bilgilerin açıklığa kavuşturulması, mağdurlar ve aileleri için, bireylerin ve Devletin sorumluluğunun ortaya konması ve sorumluluğun kabul edilmesi;

b. bu tür olayların tekrarını önlemek için alınması gereken önlemlerin tanımlanması;

c. soruşturma sonucunda sorumlu olduğu belirlenenler için cezaî ve/veya uygun disiplin cezası işlemlerinin başlatılması, yeterli ve makul miktarda maddî tazminat, tıbbî tedavi ve rehabilitasyon hizmetlerinin temini de dahil olmak üzere Devlet'in durumu tazmin etmesi ve düzeltmesi gereğini sergilemek.

İlke 2

Devletler, işkence ve kötü muamele şikayetleri ve bildirimlerinin, anında ve etkili bir biçimde soruşturulmasını sağlamakla yükümlüdürler. Açık bir şikâyetin olmadığı durumlarda bile işkence ve kötü muamele yapıldığına ilişkin belirtiler varsa, soruşturma yapılmalıdır. Soruşturmayı yürütenler, bu tür olayların faili olduğundan şüphelenilen kişiler ve onların hizmet ettiği kurum ve kuruluşlardan bağımsız, soruşturma yürütebilecek vasıfta, tarafsız kişiler olmalıdır. Bu kişilerin tarafsız tıp uzmanlarına veya konuyla ilgili diğer uzmanlara erişim veya bu tür uzmanları çağırma yetkileri olmalıdır. Soruşturmalar yürütülürken, en yüksek profesyonel standartlara uygun yöntemler kullanılmalı ve soruşturma sonuçları kamuya açıklanmalıdır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü

Madde 68

1. Mahkeme, mağdur ve tanıkların güvenliğinin, fiziksel ve ruhsal sağlıklarının, saygınlık ve özel hayatlarının korunması için uygun önlemleri alır. Bunu yaparken Mahkeme, yaş, 7. maddenin 3. paragrafında belirtildiği üzere cinsiyet, sağlık, özellikle ve fakat bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla cinsel veya cinsiyete dayalı şiddet veya çocuklara yönelik şiddet gibi, suçun mahiyetinden kaynaklanan tüm ilgili etkenleri dikkate alır. Savcı özellikle bu suçların soruşturma ve kovuşturma safhalarında gerekli önlemleri alır. Bu önlemler sanığın haklarına, adil ve tarafsız yargılama gereklerine zarar vermemeli ve bunlarla çelişir nitelikte olmamalıdır.

2. 67. maddede belirtilen aleni duruşma ilkesine bir istisna olarak, Mahkemenin Dava Daireleri, tanıkları, mağdurları veya sanığı korumak amacıyla yargılama aşamalarının herhangi bir kısmını gizli (kapalı) oturumda yapabilir veya delillerin elektronik ya da başka bir özel araçlarla sunulmasına izin verebilir. Bu önlemler özellikle bir cinsel şiddet mağduru söz konusu olduğunda veya bir tanık ya da mağdurun çocuk olması halinde, Mahkeme tarafından aksi emredilmedikçe, özellikle mağdur veya sanığın görüşleri başta olmak üzere bütün şartlar değerlendirildikten sonra alınır.

3. Mağdurların şahsî çıkarlarının etkilendiği hallerde Mahkeme, mağdur görüşlerinin ve kaygılarının Mahkeme tarafından belirle-

nen uygun bir zamanda ve sanığın hakları ile adil ve tarafsız yargılama gereklerini haleldar etmeyecek ve engellemeyecek şekilde sunulmasına izin verebilir. Bu gibi görüş ve kaygılar, Mahkeme uygun gördüğü takdirde, Usul ve Delil Kuralları uyarınca, mağdurların kanuni temsilcileri tarafından da sunulabilir.

4. Mağdurlar ve Tanıklar Birimi, 43. maddenin 6. paragrafında belirtildiği üzere, koruyucu önlemler, güvenlik düzenlemeleri, danışmanlık ve yardım konularında Savcıya ve Mahkemeye yerinde tavsiyelerde bulunabilir.

5. Bu Statü çerçevesinde delil ve bilgi sunulmasının bir tanığın veya ailesinin güvenliğini vahim bir tehlikeye maruz bırakabileceği hallerde, Savcı, yargılamanın başlamasından önceki işlemler bakımından, söz konusu delil ve bilgileri sunmaktan imtina edebilir ve bunların bir özetini sunmakla yetinebilir. Bu önlemler sanığın hakları veya adil ve tarafsız yargılama gerekleri ile tutarlı ve bunlara zarar getirmeyecek şekilde yürütülmelidir.

6. Bir Devlet, hizmetindeki şahısların veya ajanlarının korunması veya gizli veya hassas bilgilerin korunması amacıyla gerekli önlemlerin alınması başvurusunda bulunabilir.

Madde 75

1. Mahkeme telafilerle ilgili ya da eski hale iade tazminat ve rehabilitasyon da dahil olmak üzere mağdurlara ilişkin prensipleri belirler. Bu kapsamda Mahkeme hem talep üzerine hem de istisnai durumlarda resen harekete geçerek, zararın, kaybın veya hasarın kapsam ve muhteviyatını belirler ve hangi prensipler dahilinde hareket ettiğini açıklar.

2. Mahkeme mağdurlara yönelik eski hale iade, tazminat ve rehabilitasyon içeren uygun telafiler konusunda sanığa doğrudan talimat verebilir. Uygun hallerde Mahkeme, 79. maddede öngörülen Emanet Fonu kanalıyla zararın telafi edilmesi talimatı verebilir.

3. Mahkeme, bu madde uyarınca bir talimat vermeden önce dikkate almak üzere; sanıkları, mağdurları, diğer ilgili şahısları veya devletleri veya bunlar adına temsilcilerini görüşlerini aktarmak üzere davet edebilir.

4. Bu maddeye göre, Mahkeme yetkisini kullanırken, yargı yetkisine giren bir suçla ilgili olarak bir şahsın mahkûm edilmesinin ardından, bu madde uyarınca verebileceği bir talimata işlerlik ka-

zandırmak amacıyla 93. maddenin 1. paragrafında öngörülen önlemlere gerek olup olmadığını tespit edebilir.

5. Bir Taraf Devlet, bu madde uyarınca alınmış bir karara, 109. madde hükümleri bu maddeye uygulanabilmişçesine işlerlik kazandırır.

6. Bu maddenin hiçbir hükmü, ulusal ya da uluslararası hukuk tarafından güvence altına alınan mağdur haklarına haleldar getirecek şekilde yorumlanamaz.

Madde 79

1. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlarla ilgili olarak Taraf Devletler Kurulu kararıyla mağdur ve mağdur ailelerinin yararına bir Giderim Fonu kurulur.

2. Mahkeme, mahkeme kararı uyarınca para cezaları veya el koymalardan toplanan malların veya paranın Giderim Fonu'na aktarılmasına karar verebilir.

3. Giderim Fonu, Taraf Devletler Meclisi tarafından belirlenen kriterlere göre idare edilir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen Devletlerin Uluslararası Haksız Fiilden Sorumluluğuna Dair Maddeler

Madde 28

Uluslararası haksız fiilin hukuki sonuçları

Uluslararası haksız fiilden dolayı, birinci bölümdeki hükümlere uygun olarak meydana gelen Devletin uluslararası sorumluluğu bu bölümde belirtilen hukuki sonuçları kapsamaktadır.

Madde 29

Yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesi

Bu bölümde öngörülen, bir uluslararası haksız fiilin hukuki sonuçları, sorumlu Devletin ihlâl edilen yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesini etkilemez.

Madde 30

Son verme ve tekrar etmeme

Uluslararası haksız fiilden sorumlu Devletin şu yükümlülükleri vardır:

- a. Şayet devam ediyorsa bu file son vermek;
- b. Eğer koşullar gerektiriyorsa, ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair uygun güvenceleri sunmak.

Madde 31

Telafi

1. Sorumlu Devlet uluslararası haksız fiil ile neden olunan bütün zararı telafi etmek zorundadır.
2. Zarar, Devletin uluslararası haksız fiilinin sebep olduğu maddi ve manevi bütün hasarı kapsar.

Madde 32

İç hukuktan bağımsızlık

Sorumlu Devlet, bu bölüme göre yükümlü olduğu ödevleri yerine getirmemesinin mazereti olarak iç hukuk hükümlerine dayanamaz.

Madde 33

Bu bölümde belirtilen uluslararası yükümlülüklerin kapsamı

1. Sorumlu Devletin, bu bölümde belirtilen yükümlülükleri, ihlâl edilen uluslararası yükümlülüğün niteliğine, içeriğine ve ihlâl edilmiş şartlarına bağlı olarak bir başka Devlete ya da birden çok Devlete ya da uluslararası toplumun geneline karşı olabilir.
2. Bu bölüm, Devletin uluslararası sorumluluğunun, Devlet dışındaki doğrudan bir kişi ya da kurum lehine doğurabileceği hiçbir hakka halel getirmez.

Madde 34

Telafi şekilleri

Uluslararası haksız fiilin neden olduğu zararın tamamen tafisi, bu bölüm hükümlerine uygun olarak, ayrı ayrı ya da birlikte, eski hale iade, tazminat ve tatmin şeklini alır.

Madde 35

Eski hale iade

Uluslararası nitelikteki bir haksız fiilden sorumlu olan Devlet, ihlâl meydana gelmezden önceki halin yeniden tesis edilmesi için, eski

hale iadeyi gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır; meğer ki:

- a. Maddi olarak imkânsız olmasın;
- b. Tazminata göre sağladığı fayda, aşırı ölçüsüz bir külfete sebebiyet vermesin.

Madde 36
Tazminat

1. Uluslararası nitelikteki bir haksız fiilden sorumlu olan Devlet, bu fiil ile neden olunan zararı, zarar eski hale iade ile telafi edilmediği ölçüde, tazmin etme yükümlülüğü altındadır.

2. Tazminat, kanıtlanmak kaydıyla mahrum kalınan kazançlar da dahil olmak üzere mali olarak hesaplanabilecek tüm zararı kapsar.

Madde 37

Tatmin

1. Uluslararası nitelikteki bir haksız fiilden sorumlu olan Devlet, bu fiil ile neden olunan zarar eski hale iade ya da tazminat ile telafi edilmediği ölçüde bu zarar için tatmin sağlama yükümlülüğü altındadır.

2. Tatmin, ihlâlin kabul edilmesi, üzüntünün beyan edilmesi, resmi özür dilenmesi ya da diğer uygun biçimlerde olabilir.

3. Tatmin, zarar ile orantısız olmamalıdır ve sorumlu Devlet için küçük düşürücü bir biçim almamalıdır.

Madde 38
Faiz

1. Tam telafi sağlanabilmesi için gerektiğinde bu fıkra uyarınca ödenmesi gereken herhangi bir anapara için faiz ödenecektir. Faiz oranı ve hesaplama şekli, bu sonucu elde edecek şekilde ayarlanmalıdır.

2. Faiz, anaparanın ödenmesi gereken tarihten, ödeme yükümlülüğünün yerine getirildiği tarihe kadar işler.

Madde 39
Zarara katılma

Telaflının belirlenmesinde, zarara uğrayan Devletin veya telafi talebinde bulunan kişi veya kuruluşun kasti veya ihmali davranışı veya savsaklaması sonucu zararın meydana gelmesine katkısı dikkate alınacaktır.

İnsancıl Hukuk Standartları

Kara savaşlarına ilişkin hukuk ve teamüllerle ilgili Dördüncü Lahey Sözleşmesi

Madde 3

Söz konusu Düzenleme hükümlerini ihlal eden savaşçı bir taraf, olayın gerektirmesi halinde tazminat ödemekten sorumlu olacaktır. Bu taraf, silahlı kuvvetlerine mensup kişilerin işlediği tüm fiillerden sorumludur.

Cenevre Sözleşmelerine Ek ve Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol

Madde 91

Sözleşmenin hükümlerini veya bu Protokolün hükümlerini ihlal eden çatışmacı Taraf, olayın gerektirmesi halinde tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu taraf, silahlı kuvvetlerine mensup kişilerin işlediği tüm fiillerden sorumludur.

Bölgesel Belgeler

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı

Madde 7/1-a

Her birey, davasının dinlenilmesini isteme hakkına sahiptir olacaktır. Bu hak şunları içerir:

(a) yürürlükteki sözleşmeler, yasalar, düzenlemeler ve teamüllerle tanınan ve güvence altına alınan temel haklarını ihlal eden işlemler aleyhine yetkili ulusal organlara başvuru hakkı.

Madde 21/2

Gasp durumunda, mülkiyetinden mahrum kalan insanlar mallarını yasal olarak geri kazanmanın yanı sıra yeterli bir tazminat alma hakkına da sahip olacaklardır.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi Kurulmasına İlişkin Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Şartına Ek Protokol^{990*}

Madde 27

1. Mahkeme, bir insan veya halkın hakkının ihlal edildiğini tespit ederse, adil bir tazminat ödenmesi veya telafi de dahil olmak üzere ihlali gidermek için uygun kararlar alır.
2. İhlalin aşırı ağır olduğu ve acele durumlarda ve kişilere telafi edilemeyecek zararları önlemek için gerekli olduğunda, Mahkeme gerekli gördüğü geçici önlemleri alır.

Arap İnsan Hakları Şartı

Madde 12

Bütün insanlar mahkemeler ve adli merciler önünde eşittir. Taraf Devletler, yargının bağımsızlığını güvence altına alacak ve yargıçların haklarını her türlü müdahale, baskı veya tehdide karşı koruyacaktır. Ayrıca, kendi yetkilerine tabi olan herkese, her seviyedeki mahkemeler önünde yasal bir çözüm arama hakkını garanti eder.

Madde 14 (7)

Keyfi veya yasadışı olarak tutuklama veya gözaltına alma mağduru olan herkes tazminat alma hakkına sahiptir.

^{990*} Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin, Afrika Birliği Adalet ve İnsan Hakları Mahkemesi Statüsü Protokolü uyarınca, Afrika Birliği Adalet Divanı ile birleştirileceği unutulmalıdır. Söz konusu Protokol (1 Temmuz 1998'de kabul edilmiş ancak henüz yürürlüğe girmemiş), Madde 28 (h) ve 43'e göre göre çözüm tedbirleri ve Madde 35'e göre geçici tedbirler sağlamaktır.

Madde 23

Bu Şarta Taraf Devletlerin her biri, buradaki hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilerin, ihlal resmi yetki kullanan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, etkili bir hukuk (çözüm) yoluna sahip olmasını sağlamayı taahhüt eder.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*Madde 5/5*

Bu maddenin hükümlerine aykırı olarak yakalama veya tutuklama mağduru olan herkes uygulanabilir bir tazminat hakkına sahiptir.

Madde 13

Bu Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal resmi bir şekilde hareket eden kişiler tarafından yapılmış olsa bile, ulusal bir merci önünde etkili bir hukuk (çözüm) yoluna başvuru hakkına sahiptir.

Madde 41

Eğer Mahkeme Sözleşme'nin veya protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse ve ilgili Yüksek Akit Tarafın iç hukuku yalnızca kısmi tefahi sağlanmasına izin veriyorsa, Mahkeme, gerekirse, zarar gören taraf lehine adil tatmine hükmeder.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı*Madde 47*

Birlik hukuku tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak bir mahkeme önünde etkili bir başvuru (çözüm) hakkına sahiptir.

Herkes, daha önce yasalarla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde adil ve kamuya açık bir duruşma hakkına sahiptir. Herkes tavsiye alma, savunma ve temsil edilme imkanına sahip olmalıdır.

Adalete etkili bir erişim sağlamak için bu tür bir yardımın gerekli olduğu ölçüde, yeterli imkânı bulunmayanlara adli yardım sağlanacaktır.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

Madde 25

1. Herkes, ilgili Devlet'in anayasası veya yasaları veya bu Sözleşme tarafından tanınmış temel haklarını ihlal eden fiillere karşı, bu ihlal resmi görevini ifa eden kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile, korunma konusunda yetkili bir mahkemeye veya adli mercie, basit ve hızlı bir şekilde başvurma veya herhangi bir başka etkili başvuru yapma hakkına sahiptir.

2. Taraf Devletler:

a. Böyle bir çözüm talep eden her bir kişinin, Devletin yasal sistemi tarafından sağlanan yetkili makam önünde haklarının belirlenmesini sağlama;

b. adli çözüm olanaklarını geliştirme; ve

c. bu tür çözümlere karar verildiğinde yetkili makamların uygulamasını sağlama,

yükümlülüğü altındadır.

Madde 63/1

Eğer Mahkeme bu Sözleşmeyle korunan bir hak veya özgürlüğün ihlal edildiğini tespit ederse, Mahkeme, zarar gören tarafın ihlal edilen haklarından veya özgürlüğünden yararlanmasının sağlanmasına hükmeder. Ayrıca, uygun olduğu takdirde, böyle bir hak veya özgürlüğün ihlalini teşkil eden önlem veya durumun sonuçlarının giderilmesine ve zarar gören tarafa adil tazminat ödenmesine de hükmeder.

Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi

Madde XVIII

Her kişi yasal haklarına saygı gösterilmesi için mahkemelere başvurabilir. Aynı şekilde, mahkemelerin onu, anayasal haklarını ihlal eden, ona zarar veren, kamu otoritelerinin fiillerinden koruyacağı basit ve kısa bir prosedür de mevcut olmalıdır.

İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması İçin

Amerikalılar-arası Sözleşme

Madde 8

Taraf Devletler, kendi yetki alanları dahilinde işkenceye maruz kaldığı suçlamasında bulunan her bir kimsenin, davasını tarafsız bir şekilde inceletme hakkına sahip olacağını garanti eder.

Ek-2

Telafi ve Cezasızlığa İlişkin BM İlkeleri

Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurları İçin Çözüm ve Telafi Hakkına Dair Temel İlkeler ve Rehber Kurallar ^{991*}

Önsöz

Genel Kurul,

Çok sayıda uluslararası belgede yer alan uluslararası insan hakları hukuku ihlallerine maruz kalan mağdurlara çözüm hakkı tanıyan hükümleri, özellikle de İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi 8. Maddede, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 2. Maddede, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme 6. Maddede, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme 14. Maddede, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme 39. Maddede ve uluslararası insancıl hukukta yer alan Kara Savaşlarına Dair Hukuk ve Teamüllerle ilgili 18 Ekim 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin 3. Maddesinde (1907 sayılı Sözleşme), 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasıyla ilgili Protokolün (Protokol I) 91'inci maddesinde ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünün 68 ve 75 maddelerinde yer alan hükümleri hatırd tutarak,

Bölgesel sözleşmelerde yer alan uluslararası insan hakları ihlallerinin mağdurlarına çözüm hakkı tanıyan hükümleri, özellikle de İnsan ve Halkların Haklarına İlişkin Afrika Şartı 7. madde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 25. maddede., ve İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi 13. maddede yer alan hükümleri hatırd tutarak,

Suçları Önleme ve Suçlulara Muameleye Dair Yedinci Birleşmiş Milletler Kongresi müzakerelerinden kaynaklanan ve Kongre tarafından önerilen metnin 29 Kasım 1985 tarih ve 40/34 sayılı Genel Kurul kararıyla kabul edilen Suç ve İktidarın Kötüye

^{991*} 60/147 (2005) sayılı Genel Kurul kararıyla kabul edilmiştir.

Kullanılması Mağdurları İçin Adalet Temel İlkeleri Bildirgesini hatırlatılarak,

Mağdurlara şefkatle muamele edilmesi ve onurlarına saygı gösterilmesi, adalete ve giderim mekanizmalarına erişim haklarına tam olarak saygı gösterilmesi ve Mağdurlara tazminat ödenmesi için ulusal fonların oluşturulması, güçlendirilmesi ve yaygınlaştırılmasının teşvik edilmesi ve mağdurlar için uygun hakların ve çözüm yollarının hızlı bir şekilde geliştirilmesi de dahil olmak üzere, Suç ve İktidarın Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Adalet Temel İlkeleri Bildirgesinde belirtilen prensipleri yeniden teyit ederek,

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünün "eski hale iade, tazminat ve rehabilitasyon da dahil olmak üzere mağdurlara telafi sağlanması veya mağdurlarla ilgili ilkelerin" geliştirilmesini gerektirdiğini ve Taraf Devletler Kurulu'nun, Mahkemenin yargı yetkisi dahilindeki suç mağdurlarının ve bu mağdurların ailelerinin menfaatleri için bir giderim fonu oluşturmasını gerektirdiği ve Mahkeme'nin "mağdurların güvenliğini, fiziksel ve psikolojik refahını, itibarını ve mahremiyetini korumasını" emrettiğini, ve mağdurların "Mahkemenin uygun gördüğü prosedürlerin tüm aşamalarına" katılımına izin verdiğini, dikkate alarak,

Burada yer alan Temel İlkelerin ve rehber kuralların, doğası gereği insan onuruna saldırı teşkil eden ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlallerine ve ciddi uluslararası insancıl hukuku ihlallerine yönelik olduğunu kabul ederek,

Temel İlkelerin ve Rehber Kuralların yeni uluslararası veya ulusal hukuki yükümlülükler içermediğini, fakat uluslararası insan hakları hukuku ve ya uluslararası insancıl hukuk normlarından farklı olsa da onları tamamlayıcı ve bu hukuk alanlarında zaten mevcut olan hukuki yükümlülüklerin uygulanmasına yönelik mekanizmaları, modelleri, süreçleri ve yöntemleri tanımladığını vurgulayarak,

Uluslararası hukukun, belirli uluslararası suçların faillerini Devletlerin uluslararası yükümlülükleri ve ulusal hukukun gereklilikleri uyarınca veya uluslararası yargı organlarının geçerli tüzüklerinde öngörüldüğü gibi kovuşturma yükümlülüğü içerdiğini ve kovuşturma ödevinin uluslararası yükümlülüklerin ulusal hukuki gerekliliklere ve usullere uygun olarak yerine getirilmesi gereğini güçlendirerek ulusal ve uluslararası hukukun bir birini tamamlayıcı nitelikte olduğu anlayışını desteklediğini hatırlatılarak,

Ayrıca, çağdaş mağduriyet biçimlerinin, esasen kişilere yönelik olmakla birlikte, toplu olarak hedeflenen gruplara da yönelik olabileceğine dikkat çekerek,

Mağdurların çözüm ve telafilerden yararlanma haklarını onurlandırırken uluslararası toplumun mağdurlar, hayatta kalanlar ve gelecek insan nesillerine inancı koruduğunu ve hesap verebilirlik, adalet ve hukukun üstünlüğü ilkelerini teyit ettiğini kabul ederek,

Mağdur odaklı bir bakış açısını benimsemek suretiyle, uluslararası toplum, uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk ihlalleri dahil olmak üzere uluslararası hukuk ihlali mağdurları ve genel olarak insanlıkla insan dayanışmasını aşağıdaki temel ilke ve rehber kurallara uygun olarak teyit ettiğine inanarak.

Aşağıdaki Temel İlkeleri ve Rehber Kuralları kabul eder:

I. Uluslararası insan hakları hukukuna ve uluslararası insancıl hukuka saygı duyma, saygı duyulmasını sağlama ve uygulama yükümlülüğü

1. İlgili hukuk sistemlerince öngörülen uluslararası insan hakları hukukuna ve uluslararası insancıl hukuka saygı duyma, saygı duyulmasını sağlama ve uygulama yükümlülüğü, aşağıdakilerden kaynaklanır:

- a. Bir Devletin taraf olduğu anlaşmalar;
- b. Uluslararası teamül hukuku;
- c. Her bir Devletin iç hukuku.

2. Eğer daha önce yapmadıysa, Devletler, uluslararası hukukun gerekleri uyarınca, iç hukuklarının uluslararası hukuki yükümlülüklerle uygunluğunu şu yollarla sağlamalıdır:

- a. Uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk normlarını kendi iç hukuklarına dahil etmek veya iç hukuk sistemlerine uygulamak;
- b. Adalete adil, etkili ve hızlı erişim sağlayan uygun ve etkili yasal ve idari prosedürleri ve diğer uygun önlemleri kabul etmek;
- c. Aşağıda tanımlandığı şekilde telafi dahil olmak üzere yeterli, etkin, hızlı ve uygun çözümler sunulması;
- d. İç hukuklarının, mağdurlar için en az uluslararası yükümlülüklerinin gerektirdiği düzeyde koruma sağlamasını güvence altına almak.

II. Yükümlülüğün kapsamı

3. İlgili hukuk sistemlerince öngörülen uluslararası insan hakları hukukuna ve uluslararası insancıl hukuka saygı duyma, saygı duyulmasını sağlama ve uygulama yükümlülüğü, diğerlerinin yanı sıra aşağıdaki ödevleri içerir:

- a. İhlalleri önlemek için uygun yasal ve idari ve diğer uygun önlemleri alma;
- b. İhlalleri etkin, hızlı, eksiksiz ve tarafsız bir şekilde araştırma ve uygun olan hallerde, yerel ve uluslararası yasalara uygun olarak sorumlu oldukları iddia edilen kişilere karşı harekete geçme;
- c. Nihayetinde ihlalin sorumluluğunu üstlenenin kim olduğuna bakılmaksızın, aşağıda açıklandığı şekilde insan hakları ya da insancıl hukuk ihlali mağduru olduklarını iddia edenlere adalete eşit ve etkin erişim sağlama; ve
- d. Mağdurlara, aşağıda belirtildiği gibi telafi de dahil olmak üzere etkili çözümler sağlama.

III. Uluslararası hukuka göre suç teşkil eden ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri

4. Uluslararası hukukta suç teşkil eden ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri durumunda, Devletlerin soruşturma ve yeterli delil olması durumunda, ihlallerden sorumlu olduğu iddia edilen kişiyi kovuşturmaya sunma ve suçlu bulunursa, onu cezalandırma ödevi vardır. Ayrıca, bu durumlarda, Devletler uluslararası hukuka uygun olarak birbirleriyle iş birliği yapmalı ve bu ihlallerin soruşturulması ve kovuşturulmasında yetkin uluslararası yargı organlarına yardımcı olmalıdır.

5. Bu amaçla, geçerli bir antlaşmada veya diğer uluslararası hukuk yükümlülükleri çerçevesinde verilmişse, Devletler kendi iç hukuklarına evrensel yargıya uygun hükümleri dahil edecek veya uygulayacaklardır. Ayrıca, geçerli bir antlaşmada veya diğer uluslararası yasal yükümlülüklerde sağlandığı durumlarda, Devletler failerin diğer Devletlere ve uygun uluslararası yargı organlarına sınır dışı edilmesini veya teslim olmalarını kolaylaştırmalı ve uluslararası insan hakları yasal standartlarına uygun olarak ve işkencenin yasaklanması ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezalandırma yasağı ile ilgili olanlar gibi uluslararası hukuki gerekliliklere tabi olan mağdurlara ve tanıklara yardım ve koruma dahil olmak üzere uluslararası adalet arayışında adli yardım ve diğer işbirliği biçimlerini sağlamalıdır.

IV. Zamanaşımı

6. Uygulanabilir bir antlaşmada öngörüldüğü veya diğer uluslararası hukuki yükümlülüklerde bulunduğu takdirde, uluslararası hukuka göre suç teşkil eden ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.

7. Medeni hak talepleri ve diğer usuller için geçerli zamanaşımı sınırlamaları da dahil olmak üzere, uluslararası hukukta suç teşkil etmeyen diğer tür ihlallere ilişkin iç hukuktaki zamanaşımı kuraları, haksız yere kısıtlayıcı olmamalıdır.

V. Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri mağdurları

8. Bu belgenin amaçları açısından, mağdurlar, ağır uluslararası insan hakları ihlali ya da ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlali teşkil eden eylemler veya ihmaller yoluyla, fiziksel veya zihinsel yaralanma, duygusal acı, ekonomik zarar veya temel haklarının önemli ölçüde zarar görmesi dahil, bireysel veya toplu olarak zarar görmüş kişilerdir. Uygun olduğunda ve yerel yasalara uygun olarak "mağdur" terimi, doğrudan mağdurun yakın ailesini veya bakmakla yükümlü olduğu kişileri ve mağdurların sıkıntılarını ve mağduriyetlerini engellemek için müdahale ederken ya da yardım ederken zarar gören kişileri de içerir.

9. Bir kişi, ihlal failinin belirlenmesine, yakalanmasına, kovuşturulmasına veya mahkûm edilmesine bakılmaksızın ve fail ile mağdur arasındaki aile ilişkisine bakılmaksızın mağdur sayılır.

VI. Mağdurlara muamele

10. Mağdurlara insanca ve onurlarına ve insan haklarına saygı ile muamele edilmeli ve güvenliklerini, fiziksel ve psikolojik iyiliklerini ve mahremiyetlerini ve ailelerinin güvenliğini sağlamak için uygun önlemler alınmalıdır. Devlet, iç yasalarının, mümkün olduğu ölçüde, şiddet görmüş veya travma geçirmiş bir mağdurun, adaleti sağlamak ve telafi elde etmek için tasarlanan yasal ve idari prosedürler sırasında travmatize edilmemesi için özel ilgi ve bakımdan yararlanmasını sağlamalıdır.

VII. Mağdurların çözüm (başvuru) hakları

11.Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için çözümler, uluslararası hukukta öngörüldüğü şekilde mağdurun aşağıdaki haklarını içerir:

- a. Adalete eşit ve etkili erişim;
- b. uğradığı zararın yeterli, etkili bir şekilde ve derhal telafi edilmesi;
- c. İhlale ve telafi mekanizmalarına ilişkin ilgili bilgilere erişim.

VIII. Adalete erişim

12.Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali veya ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlali mağduru, uluslararası hukukta öngörüldüğü şekilde, etkili bir adli çözüm (başvuru) yoluna eşit erişime sahip olacaktır. Mağdur için mevcut diğer çözümler arasında idari ve diğer organlara erişimin yanı sıra iç hukuka uygun olarak yürütülen mekanizmalar, modeller ve usuller de bulunmaktadır. Adalete ve adil ve tarafsız süreçlere erişim hakkını güvence altına almakla ilgili uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler, iç hukuklara yansıtılmalıdır. Bu amaçla, Devletler:

- a. Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için mevcut tüm çözüm yolları hakkındaki bilgileri kamu ve özel mekanizmalar aracılığıyla yaymalı;
- b. Mağdurlara ve temsilcilerine yönelik sıkıntıları en aza indirmek, mahremiyetlerine yönelik yasadışı müdahalelere karşı uygun şekilde korumak ve mağdurların çıkarlarını etkileyen adli, idari ve diğer süreçler öncesinde, sırasında ve sonrasında mağdurların yanı sıra ailelerinin ve tanıkların aşağılama ve misillemeye karşı güvenliklerini sağlamak için önlemler almalı;
- c. Adalete erişmek isteyen mağdurlara uygun yardım sağlamalı;
- d. Mağdurların, ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri veya ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için çözüm haklarını kullanabilmelerini sağlamak için uygun tüm yasal, diplomatik ve konsolosluk olanaklarını sağlamalıdır.

13.Bireysel adalete erişimin yanı sıra, Devletler mağdur gruplarının telafi talebinde bulunmalarını ve uygun şekilde telafi almalarını sağlayacak prosedürler geliştirmeye çalışmalıdır.

14.Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri veya ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için yeterli, etkili ve hızlı bir çözümün, bir kişinin yasal olarak sahip olabileceği tüm mevcut ve

uygun uluslararası süreçleri içermesi ve diğer iç hukuk yollarına halel getirmemesi gerekir.

IX. Uğranılan Zararların telafi edilmesi

15.Yeterli, etkili ve derhal telafinin amacı, ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlallerini veya ciddi uluslararası insancıl hukukun ihlallerini gidererek adaleti sağlamaktır. Telafi, ihlallerin ağırlığı ve uğranılan zararlar orantılı olmalıdır. Yerel yasalara ve uluslararası yasal yükümlülüklerle uygun olarak bir Devlet, Devlete atfedilebilecek ve uluslararası insan hakları hukukunun ağır ihlallerini veya uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerini teşkil eden eylem ve ihmallerden dolayı mağdurlara telafi sağlamalıdır. Bir kişinin, bir tüzel kişinin veya başka bir kurumun mağdurların tazmininden sorumlu tutulduğu durumlarda, bu taraf mağdura telafi sağlamalı ya da daha önce Devlet mağdura telafi sağladıysa, Devlet bu tarafa rücu etmelidir.

16.Devletler, zarardan sorumlu olan tarafların yükümlülüklerini yerine getirememesi veya getirmemesi halinde mağdurlara telafi sağlanması ve diğer yardımlar için ulusal programlar oluşturmalıdır.

17.Devletler, mağdurların talepleri ile ilgili olarak, zarardan sorumlu olan kişi ve kurumların telafi sağlamasına ilişkin yargı kararlarını uygulamalı ve telafiye ilişkin geçerli yabancı mahkeme kararlarını iç hukuka ve uluslararası yükümlülüklerle uygun olarak yerine getirmelidir. Bu amaçla, Devletler kendi iç yasaları uyarınca telafiye ilişkin kararların uygulanması için etkili mekanizmalar sağlamalıdır.

18.İç hukuka ve uluslararası hukuka uygun olarak ve bireysel durumları dikkate alarak, ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlali mağdurlarına, ihlalin ağırlığına ve olayın koşullarına uygun ve orantılı olarak, 19 ila 23 maddeler arasındaki ilkelerde belirtildiği üzere aşağıdaki formları içeren tam ve etkili telafi sağlanmalıdır: eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve tekrarlanmama garantisi.

19.Eski hale iade, mümkün olduğu takdirde, mağduru, ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali veya ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlali meydana gelmeden önceki orijinal durumuna getirmelidir. Eski hale iade, uygun olduğu durumlarda şunları içerir: yeniden özgürlüğe kavuşturma, insan haklarından yararlanma, kimliğin, aile hayatı ve vatandaşlığın iadesi, kişinin ikamet yerine

geri dönmesi, işine iade edilmesi, mülkün iadesi.

20. Ekonomik olarak değerlendirilebilecek herhangi bir zarar için ihlalin ağırlığına ve her bir vakanın koşullarına uygun ve orantılı olarak, *tazminat* ödenmelidir, ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden kaynaklanan aşağıdaki gibi zararlar için;

- a. Fiziksel veya zihinsel zarar;
- b. İstihdam, eğitim ve sosyal yardımlar dahil olmak üzere kaçırılan fırsatlar;
- c. Kazanma potansiyeli kaybı dahil, maddi zarar ve kazanç kaybı;
- d. Manevi zarar;
- e. Hukuki veya uzman yardımı, tıp ve sağlık hizmetleri ile psikolojik ve sosyal hizmetler için gereken masraflar.

21. *Rehabilitasyon*, tıbbi ve psikolojik bakımın yanı sıra yasal ve sosyal hizmetleri de içermelidir.

22. *Tatmin*, uygulanabilir olduğu durumlarda, aşağıdakilerin herhangi birini veya tümünü içermelidir:

- a. Devam eden ihlallerin sona ermesini amaçlayan etkili önlemler;
- b. Gerçeklerin açığa çıkarılması ve bu açıklamanın, mağdurun, mağdurun akrabalarının, tanıkların veya mağdura yardım etmek üzere sürece müdahale eden kişilere daha fazla zarar vermeyeceği ve güvenliklerini tehlikeye atmadığı ölçüde hakikatin tam olarak ve kamuya açıklanması, başka ihlallerin ortaya çıkmasını engellemek veya önlemek;
- c. Kaybedilenlerin nerede olduğunun, kaçırılan çocukların kimliklerinin ve öldürülenlerin cesetlerinin aranması ve cesetlerin bulunması, kimliklerinin belirlenmesi ve mağdurun arzusuna veya ailelerin ve toplumun kültürel uygulamalarına uygun olarak görmülmesine yardım etmek;
- d. Mağdurun ve mağdurla yakın ilişki içinde bulunan kişilerin onurunu, itibarını ve haklarını iade eden resmi bir beyan veya yargısal karar;
- e. Gerçeklerin kabulü ve sorumluluğun üstlenilmesi de dahil olmak üzere kamusal özür;
- f. İhlallerden sorumlu kişilere yönelik adli ve idari yaptırımlar;
- g. Mağdurları anma ve saygı ifade etme;
- h. Uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk eğitiminde ve her düzeyde eğitim materyaline meydana gelen ihlallerin doğru bir şekilde dahil edilmesi.

23. *Tekrarlanmama garantisi*, mümkün olduğunda, önlemeye katkıda bulunacak olan aşağıdaki önlemlerden herhangi birini veya tümünü içermelidir:

- a. Askeri ve güvenlik güçleri üzerinde etkin bir sivil kontrol sağlamak;
- b. Tüm sivil ve askeri yargılamaların, adil yargılanma, adalet ve tarafsızlığa ilişkin uluslararası standartlara uymasını sağlamak;
- c. Yargının bağımsızlığını güçlendirmek;
- d. Adli, tıbbi ve sağlık mesleklerinde, medyada ve diğer mesleklerde çalışan insanları ve insan hakları savunucularını korumak;
- e. Öncelikle ve sürekli olarak, insan hakları ve uluslararası insan-cıl hukuk eğitimi toplumun tüm kesimlerine sağlamak ve kolluk kuvvetleri ile askeri ve güvenlik güçlerini bu eğitimlere tabi tutmak;
- f. Kolluk, cezaevi ve ıslah, medya, tıbbi, psikolojik, sosyal hizmet ve askeri personel ve ayrıca ekonomik teşebbüsler dahil olmak üzere kamu görevlilerinin davranış kurallarına ve etik normlara, özellikle uluslararası standartlara uymasının teşvik edilmesi;
- g. Sosyal çatışmaları önleme ve izleme mekanizmalarını ve çözümlenmelerini teşvik etmek;
- h. Ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlallerine ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerine katkıda bulunan veya izin veren yasaları gözden geçirmek ve iyileştirmek.

X. İhlaller ve telafi mekanizmaları ile ilgili bilgilere erişim

24. Devletler, genel kamuoyunu ve özellikle de ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlali ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlali mağdurlarını, bu Temel İlkeler ve Rehber Kurallarda yer alan haklar ve çözümler ve mağdurların erişebileceği tüm mevcut hukuki, tıbbi, psikolojik, sosyal, idari ve diğer tüm hizmetler konusunda bilgilendirecek araçlar geliştirmelidir. Ayrıca, mağdurlar ve temsilcileri, mağduriyetlerine neden olan nedenler ve ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlallerine ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerine ilişkin sebep ve koşullar hakkında bilgi alma ve bu ihallerle ilgili olarak hakikati öğrenme hakkına sahip olmalıdır.

XI. Ayrımcılık yapmama

25. Bu İlkeler ve Rehber Kuralların uygulanması ve yorumlanması, uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk ile tutarlı olmalı ve istisnasız bir şekilde herhangi bir zeminde herhangi bir ayrımcılık yapılmamalıdır.

XII. Derogasyon (azaltma) yasağı

26. Bu Temel İlke ve Rehber Kurallarda yer alan hiçbir hüküm, ulusal ve uluslararası hukuktan kaynaklanan hak veya yükümlülükleri kısıtlayıcı veya azaltıcı bir şekilde yorumlanamaz. Özellikle, bu Temel İlke ve Rehber Kuralların, uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin mağdurlarının çözüm ve telafi haklarına hanel getirilmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca, bu Temel İlke ve Rehber Kuralların uluslararası hukukun özel kurallarına hanel getirmediği anlaşılmaktadır.

XIII. Başkalarının hakları

27. Bu belgenin hiçbir hükmü, başkalarının uluslararası veya ulusal olarak korunan haklarından, özellikle de suçlanan bir kişinin adil yargılanma standartlarından faydalanma hakkını kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanamaz.

Cezasızlıkla mücadele yoluyla insan haklarının korunması ve geliştirilmesine için güncellenmiş ilkeler seti^{992*}

Önsöz

İnsan haklarının ihmal edilmesinin ve hor görülmesinin insanlık vicdanını zedeleyen barbarca fiillerle sonuçlandığını kabul eden Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin Önsözünü hatırdaki tutarak,

Benzer fiillerin tekrarlanma riskinin her zaman mevcut olduğunun bilincinde olarak,

^{992*} Cezasızlıkla mücadele yoluyla insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için güncellenmiş ilkeler seti, BM Bel E/CN.4/2005/102 (2005); İnsan Hakları Komisyonu'nun 2005/81 sayılı kararıyla önerilmiştir.

Birleşmiş Milletler Şartının 56. maddesi uyarınca üye devletler tarafından yapılan, Şartın 55. Maddesinde belirtilen, herkes için insan hakları ve temel özgürlüklere evrensel düzeyde saygı gösterilmesi ve uyulması ile ilgili amaçlara ulaşmak için etkili uluslararası iş birliğinin geliştirilmesine büyük önem verilmesi için birlikte ve ayrı ayrı eylemde bulunma taahhüdünü tekrar teyit ederek,

Her devletin uluslararası hukuk uyarınca insan haklarına saygı gösterme ve saygı duyulmasını güvence altına alma ödevinin cezasızlıkla mücadele etmek için etkili önlemler alınmasını gerektirdiğini dikkate alarak,

Adalete olan ihtiyaç etkili bir şekilde karşılanmadıkça, adil ve kalıcı bir uzlaşma olamayacağına bilincinde olarak,

Önemli bir uzlaşma unsuru olabilecek affediciliğin, özel bir eylem olduğu sürece, mağdurların veya mağdurların yakınlarının ihlallerin failini bildiği ve failin kendisinin de yaptıklarını kabul ettiği anlamına geldiğinin eşit derecede farkında olarak,

Dünya İnsan Hakları Konferansı'nın (Haziran 1993), insan hakları ihlallerinin faillerinin cezasız kalmasına ilişkin endişelerini dile getirdiği ve İnsan Hakları Komisyonunun konunun tüm yönlerinin incelemesi yönündeki çabalarını teşvik ettiği, Viyana Bildirgesi ve Eylem Programının II. Bölümünün 91. paragrafında belirtilen tavsiyeyi hatırd tutarak,

Bu nedenle, ihlal mağdurlarının çıkarlarına olarak, bilme hakkına ve dolaylı olarak hakikati öğrenme hakkına, adalet hakkına ve telafi hakkına ortaklaşa saygı gösterilmesi sağlanmadıkça cezasızlığın zararlı etkilerine karşı etkili bir çözüm sağlanamayacağı anlayışıyla, bu amaçla ulusal ve uluslararası önlemler alınması gerektiğine inanarak,

Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programına göre, aşağıdaki ilkeler, Devletlerin cezasızlıkla mücadele için etkili önlemler geliştirmelerine yardımcı olacak rehber kurallar olarak tasarlanmıştır.

Tanımlar

A. Cezasızlık

"Cezasızlık" ihlalin faillerinin, suçlanmalarına, yakalanmalarına, yargılanmalarına ve suçlu bulunmaları halinde uygun bir cezaya çarptırılmalarına ve mağdurlarının zararlarını tazmin etmelerine yol açabilecek bir soruşturmaya tabi tutulmamaları dolayısıyla,

-cezai, hukuki, idari, ya da disiplin süreçlerinin herhangi birinde hesap vermelerinin hukuken ya da fiilen, imkânsız olması durumunu ifade eder.

B. Uluslararası hukuka göre ciddi suçlar

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

C. Demokrasi ve/veya Barışın Restorasyonu ya da Bunlara Geçiş

Bu ilkelerde kullanıldığı şekliyle bu ifade, silahlı bir çatışmayı sona erdirmeyi amaçlayan demokrasiye ya da barış görüşmelerine yönelik bir ulusal girişim çerçevesinde, hangi şekilde olursa olsun ilgili tarafların ya da aktörlerin cezasızlığa ve insan hakları ihlallerinin tekrar etmesine karşı tedbirler almak konusunda anlaşmaya vardıkları durumları anlatır.

D. Hakikat Komisyonları

Bu ilkelerde kullanıldığı şekliyle "hakikat komisyonları" terimi genellikle yıllar boyunca devam eden insan hakları ya da insancıl hukuk ihlali kalıplarını araştıran resmi, geçici, yargı-dışı soruşturma kurullarını ifade eder.

E. Arşivler

Bu ilkelerde kullanıldığı şekliyle, "arşivler" kavramı, insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleriyle ilgili aşağıdakileri de içeren çeşitli kaynaklarda yer alan belgeler bütünü ifade eder: a) başta insan hakları ihlallerinin gerçekleşmesinde çok önemli rolleri olanlar olmak üzere devlet kurumları; b) polis karakolları gibi insan hakları ihlallerinin bir parçası olan yerel kurumlar; c) savcılık ve mahkemeler gibi insan haklarının korunmasında yer alan devlet kurumları ve d) hakikat komisyonları ve diğer araştırma birimleri tarafından toplanan belgeler.

I. CEZASIZLIKLA MÜCADELE: GENEL YÜKÜMLÜLÜKLER

İLKE 1. DEVLETLERİN CEZASIZLIKLA MÜCADELEDE ETKİN ADIMLAR ATMASINA YÖNELİK GENEL YÜKÜMLÜLÜKLER

Cezasızlık, devletlerin ihlalleri soruşturma yükümlüklerini yerine getirmemesinden; faillere ilişkin gerekli adımları atmamasından, özellikle cezai sorumluluğu olduğundan şüphelenilenlerin kovuşturulmasını, yargılanmasını, ve gereğince cezalandırılmasını sağlamayarak adalet alanında tedbirleri almamasından; mağdurlara etkili çözüm sağlamamasından ve uğradıkları zararın telafi edilmesini sağlamamasından; vazgeçilmez bir hak olan ihlallere ilişkin hakikati bilme hakkını güvence altına almamasından; ve ihlallerin tekrarını önlemek üzere gerekli tedbirleri uygulamakta yetersiz kalmasından kaynaklanmaktadır

II. BİLME HAKKI

A. Genel İlkeler

İLKE 2. VAZGEÇİLEMEZ NİTELİKTEKİ HAKİKATİ BİLME HAKKI

Herkes vazgeçilmez nitelikte, çok ciddi ve insanlık dışı suçlarla ilgili geçmişteki olaylar ve kitlesel ya da sistematik ihlaller yoluyla bu türden suçların işlenmesine zemin hazırlayan koşullar ve nedenler hakkındaki hakikati bilme hakkına sahiptir. Hakikati bilme hakkının tam ve etkili bir şekilde uygulanması, ihlallerin tekrar etmesine karşı hayati bir güvence sağlar.

İLKE 3. BELLEĞİ MUHAFAZA ÖDEVİ

Bir halkın tarihindeki zulümleri bilmesi o halkın kültürel mirasının bir parçasıdır, bu itibarla, devletlerin arşivleri ve insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerine ilişkin diğer delilleri muhafaza etme ve bu ihlallere ilişkin bilgileri yayma ödevini yerine getirmek için uygun tedbirleri alması suretiyle bu bilgilenme sağlanmalıdır. Bu türden tedbirler kolektif hafızanın tamamen ortadan kalkmasını ve özellikle de revizyonist ve inkârcı eğilimlerin gelişmesini önlemeyi amaçlamalıdır.

İLKE 4. MAĞDURLARIN BİLME HAKKI

Herhangi bir yasal usulden bağımsız olarak, mağdurlar ve aileleri ihlallerin meydana geldiği şartlara ve ölüm ya da kaybedilme durumlarında ise mağdurların akıbetine ilişkin tüm hakikati bilme konusunda zamanaşımına uğramaz bir hakka sahiptirler.

İLKE 5. BİLME HAKKINI HAYATA GEÇİRECEK GÜVENCELER

Devletler, yargının bağımsız ve etkin bir şekilde işlemesini güvence altına alacak tedbirler de dahil olmak üzere, bilme hakkını hayata geçirecek uygun adımları atmalıdır. Bu hakkı güvence altına alacak uygun tedbirler yargının rolünü tamamlayıcı nitelikteki yargı dışı süreçleri de içerebilir. Kitlesel veya sistematik bir şekilde işlenmiş acımasız ve insanlık dışı cinayetlere maruz kalmış olan toplumlar özellikle bu ihlalleri çevreleyen gerçekleri ortaya çıkaracak bir hakikat komisyonu ya da daha başka soruşturma komisyonlarının oluşturulmasından yararlanabilirler, böylece hem gerçek tüm çıplaklığıyla ortaya serilmiş hem de delillerin karartılması önlenmiş olur. Bir devlet, böyle bir organ oluşturup oluşturmadığından bağımsız olarak, insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerine ilişkin arşivlerin korunmasını ve bunlara erişimi güvence altına almalıdır.

B. Soruşturma Komisyonları

İLKE 6. HAKİKAT KOMİSYONLARININ KURULMASI VE ROLÜ

Bir hakikat komisyonu kurulmasına, dayanak alacağı referans noktalarının tanımlanmasına ve oluşumunun belirlenmesine ilişkin kararlar, mümkün olduğu ölçüde, başta mağdurların ve hayatta kalanların görüşlerinin göz önüne alınması olmak üzere çok geniş kamuoyu müzakerelerine dayanmalıdır. Kadın ve erkeklerin bu müzakerelere eşit bir şekilde katılmasını güvence altına almak üzere özel çaba sarf edilmelidir.

Mağdurların ve ailelerinin onurlarının tanınması açısından, hakikat komisyonlarınca yürütülen soruşturmalar, özellikle hakikatin daha önce inkâr edilen kısımlarının tanınmasını güvence altına almak amacıyla gerçekleştirilmelidir.

İLKE 7. BAĞIMSIZLIK, TARAFSIZLIK VE YETKİNLİK GÜVENCELERİ

Aralarında hakikat komisyonlarının da yer aldığı soruşturma komisyonları bağımsızlıklarının, tarafsızlıklarının ve yetkinliklerinin güvence altına alındığı prosedürler yoluyla kurulmalıdır. Bu amaçla, uluslararası nitelikteki komisyonlar da dahil olmak üzere soruşturma komisyonlarının dayanak noktaları aşağıdaki temel ilkelere saygı göstermelidir:

a. Başta insan hakları ve eğer ilgiliyse, insancıl hukuk alanlarındaki uzmanlıkları olmak üzere üyelerinin yetkinlik ve tarafsızlıklarının kamuoyuna açık bir şekilde izah edilmesini sağlayacak

kriterlere uygun şekilde kurulmalıdırlar. Aynı zamanda, üyelerin bağımsızlığını güvence altına alan koşullara, özellikle görevlerini yerine getirmelerini imkânsızlaştıran mesleki yetersizlik veya kusurlu davranışlar gibi durumlar haricinde, görev süreleri boyunca azledilememelerini garanti eden koşullara ve adil, tarafsız ve bağımsız kararlar almalarını sağlayacak usullere uygun olarak kurulmalıdırlar.

b. Komisyon üyeleri görev süreleri sona erdikten sonra da dahil olmak üzere, özellikle komisyonların raporlarında yer alan fikirler ya da gerçekler nedeniyle haklarında açılacak hakaret davaları ya da diğer hukuk ya da ceza davaları ile ilgili olarak, görevleri boyunca karşılaşacakları tüm durumlara karşı korunmaları için gerekli olan dokunulmazlık ve imtiyazlardan yararlanabilmelidirler.

c. Üyeliklerin belirlenmesi aşamasında kadınların yanı sıra özellikle insan hakları ihlallerine maruz kalan diğer uygun grupların da eşit bir şekilde temsil edilmesine özellikle önem verilmelidir.

İLKE 8. KOMİSYONUN YETKİSİNİN TANIMLANMASI

Yetki çatışmalarını önlemek üzere komisyonun yetkileri açıklıkla tanımlanmalı ve soruşturma komisyonlarının, hukuk, idare ya da ceza mahkemelerinin yerini almak üzere oluşturulmadığı prensibi ile uyumlu olmalıdır. Özellikle, yalnızca ceza mahkemeleri bir kişinin cezai sorumluluğuna karar verme, ve cezaya hükmetme yetkisine sahiptir.

12 ve 13. İlkelerde yer alan rehber kurallara ek olarak bir soruşturma komisyonunun yetkileri aşağıdaki şartları içermeli ya da yansıtmalıdır:

a. Komisyonun yetkileri şu konulardaki haklarını teyit etmelidir: kolluktan yardım isteme, eğer gerekirse 10. (a) ilkesinde öngörülen koşullara uygun olarak şahitlik yapmaları için onları davet etme; soruşturmalarıyla ilgili her yeri inceleyebilme; ve /veya ilgili belgelerin kendilerine ulaştırılmasını talep edebilme;

b. Eğer komisyonun soruşturma kapsamındaki bir kişinin hayatı, sağlığı ya da güvenliğinin tehlike altında olduğuna ya da ispata yönelik bir unsurun kaybedilmesi riski bulunduğu inanmak için nedenler varsa, acele usule göre mahkeme kararı çıkartma ya da söz konusu tehdidi ya da riski ortadan kaldırmak üzere en uygun tedbirleri alabilir;

c. Soruşturma komisyonlarınca yürütülen incelemeler insan hakları ve/veya insancıl hukuk ihlalleriyle ilgisi olduğundan şüphelenilen tüm kişileri, ister emir vererek ya da fiili işleyerek, fail ya da işbirlikçi olarak ve ister devlet memuru ya da devletle bağlantılı yarı resmi oluşumların ya da devletle herhangi bir şekilde ilintili özel silahlı birliklerin üyesi olsunlar herkesi, kapsamalıdır. Soruşturma komisyonları ayrıca insan hakları ve insancıl hukuk ihlaline zemin hazırlayan ve kolaylaştıran diğer aktörlerin rolleri üzerinde de durmalıdır;

d. Soruşturma komisyonları insan hakları ve insancıl hukuka yönelik her tür ihlali göz önünde bulundurma yetkisine de sahip olmalıdır. Bunların soruşturmaları öncelikli olarak, başta kadınlar ve diğer hassas toplumsal gruplara yönelik temel hak ihlalleri olmak üzere uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden ihlaller üzerinde odaklanmalıdır;

e. Soruşturma komisyonları daha sonra adaletin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere delilleri muhafaza edip korumak için çaba göstermelidir.

f. Soruşturma komisyonlarının yetkileri, komisyonların arşivlerinin korunmasının önemini de vurgulamalıdır. Komisyonlar daha çalışmalarının başlangıcında, kendi belgelerine erişim koşullarını, bir yandan kamuoyunun arşivlerine ulaşımını kolaylaştırırken bir yandan da gizli bilgilerin açığa çıkmasını önlemeyi hedefleyen şartları açık bir şekilde ortaya koymalıdır.

İLKE 9. SORUŞTURULAN KİŞİLER İÇİN GÜVENCELER

Bir komisyon raporunda failleri belirlemeden önce, ilgili kişiler aşağıdaki güvencelere sahip olmalıdır:

a. Adlarını kamuoyuna açıklamadan önce komisyon soruşturulan kişiler hakkındaki bilgilerin kesinlikle doğru olduğundan emin olmaya çalışmalıdır;

b. Soruşturulan kişilere, ya soruşturma sırasında komisyonca düzenlenen bir oturumda ya da cevap hakkına denk gelecek yazılı bir sunumun komisyon dosyasına dâhil edilmesi suretiyle, gerçeği kendi cephelerinden açıklama şansı tanınmalıdır.

İLKE 10. MAĞDURLAR VE ONLAR ADINA İFADE VEREN TANIKLAR İÇİN GÜVENCELER

Mağdurların ve komisyona bilgi veren tanıkların güvenliğini, fiziksel ve psikolojik sağlığını ve talep edildiğinde de mahremiyetini korumak üzere en etkin tedbirler alınmalıdır.

a. Mağdurlar ve onlar adına şahitlik eden tanıklar komisyonun önünde ifade vermeye ancak gönüllülük esasına göre çağırılabilirler;

b. Sosyal hizmetlerde ve/veya akıl sağlığı alanında çalışanlar, özellikle cinsel taciz vakaları olmak üzere, mağdurlara, ifade esnasında ve sonrasında, tercihen kendi dillerinde, yardım etmek üzere görevlendirilmelidirler.

c. Bu ifadelerin alınmasına ilişkin ortaya çıkabilecek tüm masraflar devlet tarafından karşılanmalıdır;

d. Kimliğinin gizli kalacağı güvencesiyle ifade veren bir tanığın kimliğini ifşa edebilecek bilgiler titizlikle korunmalıdır. İfade veren mağdurlar ve diğer tanıklar komisyona verdikleri bilgilerin açıklanmasına ilişkin kurallar konusunda detaylı bir şekilde bilgilendirilmelidirler. Kimliğini ifşa etmeden komisyona ifade verme talepleri, özellikle cinsel taciz vakalarında, çok ciddi bir incelemeye tabi tutulmalıdır ve komisyon gerekli görürse bilginin kanıtlarla desteklenmesine izin vererek, uygun vakalarda kişilerin kimliğinin gizli kalmasına imkân tanınmalıdır.

İLKE 11. KOMİSYONLAR İÇİN YETERLİ KAYNAKLAR

Komisyonlar aşağıdaki kaynaklara sahip olmalıdır:

a. Bağımsızlığı konusunda asla şüpheye düşülmemesini güvence altına alacak şeffaf bir bütçe;

b. Saygınlıkları konusunda asla şüpheye düşülmemesini güvence altına alacak yeterli malzeme ve insan kaynakları.

İLKE 12. KOMİSYONLARIN DANIŞMA FONKSİYONLARI

Komisyonların yetkileri, nihai raporlarına cezasızlıkla mücadele için alınması gereken yasal ve diğer tedbirlere ilişkin tavsiyelere de yer verilmesini içeren hükümleri kapsamalıdır.

Komisyonun yetkileri, tavsiyeleri de dâhil olmak üzere, komisyo-

nun çalışmalarına kadınların deneyimlerini dâhil etmesini güvence altına almalıdır. Bir soruşturma komisyonu oluştururken Hükümet, komisyonun tavsiyelerine gerekli önemi vermelidir.

İLKE 13. KOMİSYONUN RAPORLARININ AÇIKLANMASI

Güvenlik sebepleriyle ya da tanıklar ve komisyon üyeleri üzerindeki baskıyı önlemek amacıyla komisyonun kuruluş kuralları soruşturmanın bazı kısımlarının gizli kalmasını şart koşabilir. Diğer taraftan, komisyonun nihai raporu, bütünüyle kamuoyuna açıklanmalı ve mümkün olan en geniş şekilde dağıtılmalıdır.

C. İhlallere İlişkin Bilgi ve Belgeleri İçeren Arşivlere Erişim ve Bunların Muhafazası

İLKE 14. ARŞİVLERİN MUHAFAZASI İÇİN ALINACAK ÖNLEMLER

Bilme hakkı, arşivlerin korunması gerektiği anlamını taşır. Özellikle insan hakları ve/veya insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu olanlara cezasızlık sağlamak amacıyla arşivlerin herhangi bir şekilde ortadan kaldırılması, yok edilmesi, saklanması ya da tahrif edilmesini önlemek için teknik tedbirler ve cezalar uygulanmalıdır.

İLKE 15. ARŞİVLERE ERİŞİMİ KOLAYLAŞTIRMAK İÇİN ALINACAK TEDBİRLER

Mağdurların ve akrabalarının haklarını ileri sürebilmelerini sağlamak için arşivlere erişimleri sağlanmalıdır. Gerektiğinde suçlanan kişilerin savunmalarında yararlanabilmeleri için de arşivlere erişimi sağlanmalıdır. Mağdurların ve diğer bireylerin mahremiyetini ve güvenliğini korumak amacıyla makul erişim sınırlamalarına tabii tutulsa da arşivlere tarihi araştırmalar amacıyla da erişim sağlanmalıdır. Erişime ilişkin resmi gereklilikler sansür amacıyla kullanılamaz.

İLKE 16. ARŞİV DAİRELERİ İLE MAHKEMELER VE YARGI-DIŞI SORUŞTURMA KOMİSYONLARI ARASINDA İŞ BİRLİĞİ

Mahkemeler ve yargı-dışı komisyonların yanı sıra onlara rapor hazırlayan araştırmacılar da ilgili arşivlere erişim hakkına sahip olmalıdır. Bu ilke, açıklanmama koşuluyla ifade veren mağdurlara ve diğer tanıklara verilen güvenceler de dahil olmak üzere mah-

remiyet kaygılarına saygı gösterecek şekilde düzenlenmeli ve uygulanmalıdır. Arşivlere erişim, kanunda öngörülen istisnai haller dışında; hükümet meşru ulusal güvenlik çıkarlarının korunması amacıyla demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ispatlamadıkça; ve ret kararı bağımsız yargı denetimine tabi olmadıkça, ulusal güvenlik amacıyla reddedilemez.

İLKE 17. İSİMLER İÇEREN ARŞİVLERLE İLGİLİ ÖZEL ÖNLEMLER

- a. Bu ilkenin amaçları açısından isimler içeren arşivler, doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili oldukları kişilerin tespit edilmesini mümkün kılan bilgiler içeren arşivler olarak anlaşılmalıdır;
- b. Herkes devlet arşivlerinde isminin bulunup bulunmadığını bilme, ve eğer varsa, yasanın tanıdığı erişim hakkına dayanarak cevap hakkından yararlanarak kendini ilgilendiren bilginin doğruluğunu ve geçerliliğini tartışma hakkına sahiptir. Geçerliliği tartışmaya açılan belge içerisinde doğruluğunu tartışmaya açan belgeye bir göndermede bulunmalıdır ve ilkinin talep edilmesi halinde her ikisi birden sunulmalıdır. Soruşturma komisyonlarının dosyalarına erişim hakkı, mağdurların ve 8. (f) ve 10. (d) ilkelerinde belirtilen esaslara uygun olarak ifade veren diğer tanıkların gizliliğe ilişkin meşru beklentileriyle dengelenmelidir.

İLKE 18. DEMOKRASİ VE/VEYA BARIŞIN RESTORASYONU YA DA BUNLARA GEÇİŞ İLE İLGİLİ ÖZEL ÖNLEMLER

- a. Her arşivin özel olarak oluşturulmuş bir birimin sorumluluğu altında korunmasını sağlayacak tedbirler alınmalıdır;
- b. Depolanmış arşivlerin envanteri çıkarılıp değerlendirilmesi yapılırken işkence gibi çok ciddi insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinin yaşandığı toplama kampları ve diğer yerlerle ilgili arşivlere çok daha büyük bir özen gösterilmelidir; özellikle de bu türden yerlerin varlığının resmi olarak tanınmadığı durumlarda;
- c. Üçüncü ülkelerin, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla arşivlerle iletişime geçilmesi ya da iade edilmesi konularında iş birliği yapması beklenir.

III. ADALET HAKKI

A. Genel İlkeler

İLKE 19. ADALETİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ BAKIMINDAN DEVLETLERİN ÖDEVLERİ

Devletler insan hakları ve insancıl hukuk ihlaline ilişkin kapsamlı, ivedi, tarafsız ve bağımsız soruşturmalar yürütmeli ve failer hakkında uygun önlemleri almalıdır, özellikle ceza hukuku alanında, uluslararası hukuka göre ciddi suçlar işlemekten sorumlu olanların kovuşturulması, yargılanması ve layıkıyla cezalandırılmasını güvence altına almalıdırlar. Her ne kadar kovuşturma kararı temel olarak devletlere ait ise de, mağdurlar, aileleri ve mirasçıları bireysel ya da toplu olarak, ya müdahil sıfatıyla ya da ceza usul yasaları bu türden prosedürlere olanak tanıyan ülkelerde şahsi davacı olarak adli süreçlere katılabilmelidir. Devletler haksızlığa uğramış olanlara ve meşru çıkarı olan her bireye ya da sivil toplum örgütlerine yargılama süreçlerine geniş bir katılım hakkı tanınmalıdır.

B. Yargı Yetkisinin Ulusal, Yabancı, Uluslararası ve Uluslararasılaştırılmış Mahkemeler Arasında Paylaştırılması

İLKE 20. ULUSLARARASI VE ULUSLARARASILAŞTIRILMIŞ MAHKEMELERİN YARGI YETKİSİ

Uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiilleri yargılama da ilk sorumluluğun devletlere ait olduğu kuralı halen geçerliliğini korumaktadır. Uluslararası ya da uluslararasılaştırılmış ceza mahkemeleri kendi Statülerine uygun olarak, yerel mahkemelerin bağımsız ve tarafsız bir yargılamayı teminat altına alamadığı veya etkili soruşturma veya kovuşturmalar yürütmelerinin fiilen imkânsız olduğu ya da yeterli isteği göstermediği durumlarda, paralel yetki icra edebilirler.

Devletler uluslararası ve uluslararasılaştırılmış ceza mahkemeleri ile ilgili hukuki yükümlülüklerini harfiyen yerine etmelidirler; devletler, gerektiğinde özellikle de Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsüne ya da diğer bağlayıcı anlaşmalara taraf olmaktan kaynaklanan yükümlüklerini yerine getirmelerine olanak tanıyan yasalar çıkararak ve şüphelilerin yakalanması ve teslim edilmesi ve deliller konusunda iş birliği yapmak suretiyle yükümlülüklerini yerine getirmelidirler.

İLKE 21. EVRENSEL VE ULUSLARARASI YARGI YETKİSİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI HUKUKİ İLKELERİN GÜÇLENDİRİLMESİNE YÖNELİK ÖNLEMLER

Devletler, kanun çıkarma ya da mevcut kanunlarını değiştirmek de dahil olmak üzere, kendi mahkemelerinin, uygulanabilir teamül hukuku ve sözleşme hukuku ilkelerine uygun olarak uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiiller konusunda evrensel yetki kullanmasını sağlayacak etkili tedbirler almalıdır.

Devletler, şüpheliyi uluslararası ya da uluslararasılaşmış bir mahkemenin önüne çıkması için iade ya da sınır dışı etmemeleri halinde, uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiillerden kişisel sorumluluğu bulunduğu dair güvenilir deliller bulunan kişiler hakkında cezai takibat başlatma konusunda üstlendikleri hukuki yükümlülükleri tam olarak yerine getirmelidirler.

C. Cezasızlıkla mücadelenin meşrulaştırdığı hukuk kurallarına ilişkin sınırlamalar

İLKE 22. SINIRLANDIRICI ÖNLEMLERİ DOĞASI

Devletler, zaman aşımı, genel af, sığınma hakkı, sınır dışı edilmeyi reddetme, üstlere itaat, resmi dokunulmazlıklar, pişmanlık, askeri mahkemelerde yargılama ve hâkimlerin azledilememesi gibi cezasızlığa katkıda bulunan ya da teşvik eden, kuralların suiistimaline karşı güvenceler almalı ve uygulamalıdır.

İLKE 23. ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

Ceza davalarında, etkili çözümün (başvuru yolunun) bulunmadığı dönemlerde -dava ya da ceza- zamanaşımı süresi işlemez. Doğası gereği zamanaşımına tabi olmayan uluslararası hukuka göre suç teşkil eden fiillere zamanaşımı uygulanmaz.

Uygulanması halinde ise, uğradıkları zararların telafisi için dava açan mağdurlar tarafından açılan hukuk davalarında ya da idari davalarda etkili olmamalıdır.

İLKE 24. AFLA İLGİLİ SINIRLAMALAR VE DİĞER ÖNLEMLER

Bir barış anlaşmasına fırsat tanıyacağı ya da ulusal uzlaşmayı güçlendirecek ortamı hazırlayacağı beklendiği durumlarda bile genel afla ve özel afla ilgili diğer tedbirlerin aşağıdaki sınırlar içinde tutulması gerekir:

a. Uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiillerin failleri, Devletin 19. İlkede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirinceye kadar, ya da fail ilgili devletin sınırları dışındaki -uluslararası, uluslararasılaştırılmış ya da ulusal- bir mahkemede yargılanıncaya kadar, bu tür tedbirlerden yararlanamazlar;

b. Genel af ve özel afı ilgili diğer tedbirler, 31 ila 34. İlkelerde değinilen mağdurların telafi haklarını etkilemez ve bilme hakkına halel getirmez;

c. Suçluluğun kabulü olarak yorumlandığı ölçüde af, görüş ve düşüncelerini barışçıl yollarla ifade etme haklarını kullanmalarından kaynaklanan eylemleri yüzünden suçlanan ya da cezaya çarptırılan bireylere zorla uygulanamaz. Salt olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 18 ilâ 20. maddeleri ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 18, 19, 21 ve 22. maddeleri tarafından güvence altına alınan bu meşru haklarını kullanmaları halinde, hukuk onları hedef alan herhangi bir adli ya da diğer türden kararı hükümsüz ve yersiz addetmelidir; tutuklulukları hiçbir şarta tabi olmaksızın ve gecikmeksizin sona erdirilmelidir;

d. (c) bendinde belirtilenler dışında herhangi bir suçtan dolayı mahkûm edilen ve genel af kapsamına dâhil edilen herkes, eğer İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10 ile 11. maddeleri ile Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 9, 14 ve 15. maddeleri tarafından güvence altına alınan adil bir yargılama hakkına aykırı olarak yargılanmışsa ya da işkence veya diğer insanlık dışı ve aşağılayıcı sorgulamalara maruz kalmaları sonucunda verdikleri ifade neticesinde mahkûm edilmişse, affı reddetme ve yeniden yargılanmayı talep etme hakkına sahiptir.

İLKE 25. SİĞİNMA HAKKIYLA İLGİLİ SINIRLAMALAR

14 Aralık 1967'de Genel Kurul tarafından benimsenen Bölgesel Sığınma Deklarasyonu'nun 1. maddesinin 2. paragrafı ve 28 Temmuz 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne ilişkin Sözleşmenin 1F maddesi uyarınca devletler, uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiilleri işlediklerine inanmak için yeterince ve çok sağlam nedenler olan kişilere, diplomatik sığınma hakkı da dâhil olmak üzere, bu türden koruyucu statüler sağlayamazlar.

İLKE 26. SINIR DIŞI ETMEYE İLİŞKİN SINIRLAMALAR/ NON BIS IN IDEM

a. Uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiilleri işleyen kişiler, suçluların iadesi anlaşmalarından kaçabilmek amacıyla, genellikle siyasi suçlarla ilgili olan avantajlı hükümlerden ya da vatandaşın iade edilemeyeceğine ilişkin ilkedен yararlanamazlar. Ancak, talep eden ülkede suçlunun idam edilme riski varsa özellikle de idam cezasını kaldırmış olan ülkeler, iade talebini reddetmelidir. Şüphelinin işkence, zorla kaybedilme, ya da hukuk dışı, keyfi ya da yargısız infaz gibi ağır insan hakları ihlallerine maruz kalma tehlikesi altında olduğuna inanmak için esaslı nedenler varsa iade talebi reddedilmelidir. Eğer iade bu gibi sebeplere dayandırılarak reddedilirse, talepte bulunulan devlet kovuşturma amacıyla davayı yetkili mercilere sunmalıdır;

b. Bir kişinin daha önce uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden bir fiilden dolayı yargılanmış olması, eğer daha önceki yargılamanın amacı kişiyi cezai sorumluluktan kurtarmaksa, ya da söz konusu yargılamalar uluslararası hukukça tanınan adil yargılama normlarına uygun olarak tarafsız ve bağımsız bir şekilde gerçekleştirilmemişse ve kişiyi adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak bir şekilde yapılmışsa, bu kişinin aynı fiilden dolayı yeniden yargılanmasına engel olmaz.

İLKE 27. İTAAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ, ÜSTÜN SORUMLULUĞU VE RESMİ STATÜYLE İLGİLİ MEŞRULAŐTIRMALARA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

a. İhlali gerçekleştiren kişinin hükümetin ya da üstlerinin emriyle hareket etmiş olması onu, özellikle cezai sorumluluktan kurtarmaz, fakat adalet ilkesine uygun olarak cezasının hafifletilmesi için bir neden olarak sayılabilir;

b. İhlallerin emirleri altındaki biri tarafından işlenmiş olması, eğer üstler astlarının suç işlediğini ya da işlemek üzere olduğunu biliyor ya da bilmelerini gerektiren sebepler varsa ve suçun işlenmesini önlemek ya da cezalandırmak için yetkileri dahilindeki gerekli tedbirleri almamışlarsa, üstleri özellikle cezai sorumluluktan kurtarmaz;

c. Uluslararası hukuka göre suç teşkil eden fiili işleyen failin resmi statüsü – devletin ya da hükümetin başı olarak hareket ediyor olsa bile- onu cezai ya da diğer sorumluluklardan kurtarmaz ve cezanın hafifletilmesine neden olmaz.

İLKE 28. PİŞMANLIK VE İTİRAF İLE İLGİLİ KANUNLARIN ETKİLERİYLE İLGİLİ SINIRLAMALAR

Bir suç işleyen kişinin itiraf ya da pişmanlıkla ilgili avantajlı yasalardan yararlanmak amacıyla kendisinin ya da diğerlerinin işlediği suçları itiraf etmesi, kendisini cezai ya da diğer sorumluluklardan kurtarmaz. İtiraf, sadece gerçeğin açığa çıkmasını teşvik etmek amacıyla cezada belli bir indirim yapılmasına neden olabilir. Yaptığı itirafların failin zulme uğramasına sebep olabileceği durumlarda, 25. İlke ile bağlı olmaksızın, hakikatin açığa çıkmasını sağlamak amacıyla, itirafta bulunan kişiye sığınma hakkı -mülteci statüsü değil- tanınabilir.

İLKE 29. ASKERİ MAHKEMELERİN YETKİSİYLE İLGİLİ SINIRLAMALAR

Askeri mahkemelerin yetkisi sadece askeri personel tarafından işlenen askeri suçlarla sınırlı tutulmalı ve insan hakları ihlalleri istisna tutularak normal ulusal mahkemelerin yetkisine verilmeli ya da uygun hallerde uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fillerle ilgili olarak uluslararası ya da uluslararasılaştırılmış mahkemelerde yargılama yapılmalıdır.

İLKE 30. HÂKİMLERİN AZLEDİLEMEZLİĞİ İLKESİYLE İLGİLİ SINIRLAMALAR

Hâkimlerin bağımsızlığının en temel garantisi olan azledilemezlik ilkesi, hukuk devletinin gereklerine uygun olarak atanan hâkimler için uygulanmalıdır. Aksine, hukuka aykırı olarak atanan ya da yargı yetkisini sadakatinden alan yargıçların görevlerine paralellik ilkesi doğrultusunda yasal olarak son verilebilir. İhraç kararlarına karşı yeniden iade talebiyle bağımsızlık ve tarafsızlık kriterlerini karşılayan bir usul çerçevesinde itiraz etme hakkı tanınmalıdır.

IV. TELAFİ HAKKI / TEKRARLANMAMA GÜVENCELERİ

A. Telafi Hakkı

İLKE 31. TELAFİ SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN DOĞAN HAKLAR VE ÖDEVLER

Herhangi bir insan hakları ihlali, mağdur ya da yakınları için bir telafi hakkı doğurur, devlet için ise telafi sağlama ödevini ima eder ve mağdur için failden giderim talep etme imkânı sunar.

İLKE 32. TELAFİ PROSEDÜRLERİ

Tüm mağdurlar 23. İlkede belirtilen sınırlamalara tabii olan ceza, hukuk, idare ve disiplin prosedürleri şeklinde, ulaşılabilir, hızlı ve etkili çözüm yollarına erişme hakkına sahiptir. Bu hakkı kullanırken tehdit ve misillemelere karşı koruma altına alınmalıdırlar.

Telafiler aynı zamanda, yasal ya da idari tedbirlere dayanan, ulusal ya da uluslararası kaynaklarca finansmanı sağlanan, bireyleri ve toplulukları hedef alan programlar yoluyla da sağlanabilir. Mağdurlar ve sivil toplumun diğer aktörleri bu tür programların tasarlanmasında ve uygulanmasında anlamlı bir rol oynamalıdır. Kadınların ve azınlık gruplarının telafi programlarının gerçekleştirilmesi uygulanması ve değerlendirilmesini amaçlayan kamusal müzakerelere aktif olarak katılmalarını sağlamak için düzenli olarak çaba gösterilmelidir.

Telafi hakkını hayata geçirmek uygulanabilir uluslararası ve bölgesel mekanizmalara erişimi de içerir.

İLKE 33. TELAFİ USULLERİNİN TANITILMASI

Mağdurlara telafi haklarını kullanma imkânı veren özel olarak geliştirilmiş prosedürler hem özel hem de devlete ait medya araçları aracılığıyla mümkün olan en iyi şekilde duyurulmalıdır. Bu şekilde bilgilendirme, hem yurt içinde hem de yurt dışında konsolosluklar vasıtasıyla, özellikle de çok sayıda mağdurun sürgüne mecbur edildiği ülkelerde gerçekleştirilmelidir.

İLKE 34. TELAFİ HAKKININ KAPSAMI

Telafi hakkı mağdurun uğradığı tüm zararları kapsmalıdır; telafi uluslararası hukukun öngördüğü şekilde, eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon ve tatmin önlemlerini içermelidir.

Zorla kaybedilme vakalarında doğrudan mağdurun ailesi mağdurun nerede olduğu ya da akıbeti hakkında bilgilendirilme konusunda zamanaşımına uğramaz bir hakka sahiptir ve mağdurun ölmesi durumunda, failerin tespit edilip kovuşturulmasından bağımsız olarak, ceset teşhis edilir edilmez hemen ailesine teslim edilmelidir.

B. İhlallerin Tekrarlanmaması Güvenceleri

İLKE 35. GENEL İLKELER

Devletler mağdurların bir kez daha haklarının ihlal edilmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalmamasını güvence altına almalıdır. Bu amaçla, Devletler hukuk devletine saygıyı sağlamak, insan haklarına saygı kültürünü güçlendirmek ve bunun sürekliliğini sağlamak ve hükümet kurumlarına kamuoyunun duyduğu güveni yeniden tesis etmek ya da güçlendirmek amacıyla kurumsal reformları ve gerekli diğer tedbirleri hayata geçirmelidir. Kadınların ve azınlık gruplarının kamu kurumlarında yeterli şekilde temsil edilmesi bu hedeflerin gerçekleşmesi için hayati öneme sahiptir. İhlallerin tekrar edilmesini engellemeyi hedefleyen kurumsal reformlar, mağdurlar ve sivil toplumun diğer aktörleri de dahil olmak üzere, geniş kapsamlı kamusal müzakereler yoluyla geliştirilmelidir.

Bu reformlar aşağıdaki amaçları hedeflemelidir:

- a. Kamu kurumlarının hukuk devletine istikrarlı olarak uyumu;
- b. İnsan hakları ve/veya insancıl hukuk ihlaline olanak tanıyan yasaların lağvedilmesi ve demokratik kurumların ve süreçlerin güvence altına alınmasını temin eden tedbirler de dahil olmak üzere, insan haklarına ve insancıl hukuka saygı duyulmasını teminat altına alacak yasal ve diğer tedbirlerin alınması;
- c. Askeri ve güvenlik güçlerinin ve istihbarat birimlerinin sivillerce kontrol edilmesi ve devletle bağlantılı paramiliter grupların lağvedilmesi;
- d. Silahlı çatışmalara katılan çocukların tekrar topluma kazandırılması.

İLKE 36. DEVLET KURUMLARINDA REFORM

Devletler kamu kurumlarının, hukuk devletine saygı duyulmasını ve insan haklarının korunmasını güvence altına alacak şekilde organize edilmesini sağlamak üzere yasal ve idari reformlar da dahil olmak üzere, tüm gerekli tedbirleri almalıdır. Devletler asgari düzeyde aşağıdaki tedbirleri almalıdır:

a. Ağır insan hakları ihlallerinden kişisel olarak sorumlu olan kamu çalışanları, özellikle de askeri, güvenlik, polis, istihbarat ve adli birimlerde çalışanlar, Devlet kurumlarında çalışmaya devam etmemelidir. Bu şekilde işten uzaklaştırmalar adil yargılanma ilkelerine ve ayrımcılık yasağına uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Uluslararası hukuka göre ciddi suç teşkil eden fiillerden kişisel sorumluluğu olduğu gerekçesiyle resmen suçlanan kişiler cezai ya da disiplin süreçleri boyunca resmi görevlerinden uzaklaştırılmalarıdır;

b. Yargıya ilişkin olarak, devletler uluslararası adil yargılanma standartlarına uygun olarak mahkemelerin bağımsız, tarafsız ve etkili bir şekilde işlemesi için gerekli tüm tedbirleri mutlaka almaktadır. Gözaltına alınanın hukukiliğine itiraz hakkı (*habeas corpus*) hangi adla anılırsa anılsın mutlaka vazgeçilemez bir hak olarak görülmelidir;

c. Askeri ve güvenlik güçlerinin yanı sıra istihbarat birimlerinin de sivillerce kontrol edilmesi teminat altına alınmalıdır ve gerekirse yeni baştan oluşturulmalı ya da yeniden düzenlenmelidir. Bu amaçla Devletler, yasamaya ait denetim organları da dahil olmak üzere askeri ve güvenlik güçlerinin yanı sıra istihbarat birimlerinin de sivil denetimini sağlayacak etkili kurullar oluşturmalıdırlar;

d. Sivil şikâyet mekanizmaları oluşturulmalı ve etkin bir şekilde işlemesi garanti altına alınmalıdır;

e. Başta askeri, güvenlik, polis, istihbarat ve adli birimlerde yer alanlar olmak üzere kamu görevlileri ve çalışanları, insan hakları ve uygulanabilir olduğu durumlarda insancıl hukuk standartları ve bu standartların uygulanması konularında kapsamlı ve sürekli eğitime tabii tutulmalıdır.

İLKE 37. YARI-RESMİ PARAMİLİTER GRUPLARIN LAĞVEDİLMESİ/ÇOCUKLARIN TERHİS EDİLMESİ VE TOPLUMA YENİDEN KAZANDIRILMASI

Yarı-resmi ya da gayri resmi silahlı gruplar derhal lağvedilmelidir. Ordu, polis, istihbarat ve güvenlik birimleri de dahil olmak üzere devletle olan ilişkileri ve bağlantıları tüm yönleriyle incelenmeli ve elde edilen bilgiler kamuoyuyla paylaşılmalıdır. Devletler bu türden grupların üyelerinin topluma yeniden kazandırılmasını sağlamak üzere bir yeniden dönüşüm planı geliştirmelidir.

Bu türden grupların kurulmasında ve gelişmesinde payı bulunan, özellikle maddi ya da lojistik destek sağlayan, üçüncü ülkelerin iş birliğini sağlamak için gerekli tedbirler alınmalıdır.

Çatışmalarda kullanılan ya da görevlendirilen çocuklar terhis edilmeli veya görevlerine son verilmelidir. Gerektiğinde devletler bu çocukların fiziksel ve psikolojik açıdan iyileşmeleri ve sosyal entegrasyonları için gerekli tüm uygun destek ve yardımı sağlamalıdır.

İLKE 38. CEZASIZLIĞA KATKIDA BULUNAN YASALARIN VE KURUMLARIN REFORMU

İnsan hakları ihlallerine katkıda bulunan ya da meşrulaştıran yasalar ve idari düzenlemeler ile kurumlar kaldırılmalı ya da lağvedilmelidir. Özellikle olağanüstü hâl yasaları ve buna ilişkin her tür mahkemeler, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile garanti altına alınmış olan temel hak ve özgürlükleri ihlal ettikleri ölçüde kaldırılmalı ya da lağvedilmelidir. İnsan haklarının korunmasını ve demokratik kurumların ve süreçlerin güvence altına alınması için gerekli yasal düzenlemeler kabul edilmelidir.

Bu tür reformlara temel oluşturması bakımından, demokrasiye ve /veya barış sürecine geçiş veya bunların yeniden tesisi dönemlerinde Devletler yasaları ve idari düzenlemeleri çok kapsamlı bir şekilde gözden geçirmelidir.

Komisyon Üyeleri

Mayıs 2019 (güncel bir liste için: www.icj.org/commission adresini ziyaret edebilirsiniz)

Başkan:

Prof. Robert Goldman, Amerika Birleşik Devletleri

Başkan Yardımcısı:

Prof. Carlos Ayala, Venezuela

Hakim Radmila Dragicevic-Dicic, Sırbistan

Yönetim Kurulu:

Hakim Sir Nicolas Bratza, Birleşik Krallık

Dame Silvia Cartwright, Yeni Zelanda

(Chair) Ms Roberta Clarke, Barbados-Kanada

Mr. Shawan Jabarin, Filistin

Ms Hina Jilani, Pakistan

Hakim Sanji Monageng, Botswana

Mr Belisário dos Santos Júnior, Brezilya

Diğer Komisyon Üyeleri:

Professor Kyong-Wahn Ahn, Kore Cumhuriyeti

Hakim Chinara Aidarbekova, Kırgızistan

Hakim Adolfo Azcuna, Filipinler

Ms Hadeel Abdel Aziz, Ürdün

Mr Reed Brody, Amerika Birleşik Devletleri

Hakim Azhar Cachalia, Güney Afrika

Prof. Miguel Carbonell, Meksika

Hakim Moses Chingengo, Zimbabve

Prof. Sarah Cleveland, Amerika Birleşik Devletleri

Hakim Martine Comte, Fransa

Mr Marzen Darwish, Suriye

Mr Gamal Eid, Mısır

Mr Roberto Garretón, Şili

Ms Nahla Haidar El Addal, Lübnan

Prof. Michelo Hansungule, Zambiya

Ms Gulnora Ishankanova, Özbekistan

Ms Imrana Jalal, Fiji

Hakim Kalthoum Kennou, Tunus

Ms Jamesina Essie L. King, Sierra Leone

Prof. César Landa, Peru

Hakim Ketil Lund, Norveç

Hakim Qinisile Mabuza, Svaziland

Hakim José Antonio Martín Pallín, İspanya

Prof. Juan Méndez, Arjantin

Hakim Charles Mkandawire, Malavi

Hakim Yvonne Mokgoro, Güney Afrika

Hakim Tamara Morschakova, Rusya

Hakim Willy Mutunga, Kenya

Hakim Egbert Myjer, Hollanda

Hakim John Lawrence O'Meally, Avustralya

Ms Mikiko Otani, Japonya

Hakim Fatsah Ouguerouz, Cezayir

Dr Jarna Petman, Finlandiya

Prof. Mónica Pinto, Arjantin

Prof. Victor Rodríguez Rescia, Kosta Rika

Mr Alejandro Salinas Rivera, Şili

Mr Michael Sfard, İsrail

Prof. Marco Sassoli, İtalya-İsviçre

Hakim Ajit Prakash Shah, Hindistan

Hakim Kalyan Shrestha, Nepal

Ms Ambiga Sreenevasan, Malezya

Hakim Marwan Tashani, Libya

Mr Wilder Tayler, Uruguay

Hakim Philippe Texier, Fransa

Hakim Lillian Tibatemwa-Ekirikubinza, Uganda

Hakim Stefan Trechsel, İsviçre

Prof. Rodrigo Uprimny Yepes, Kolombiya

ISBN 978-92-9037-261-5



**International
Commission
of Jurists**

P.O. Box 91
Rue des Bains 33
CH 1211 Geneva 8
Switzerland

t +41 22 979 38 00
f +41 22 979 38 01
www.icj.org