

Zorla Kaybetme ve Hukuk Dışı İnfaz: Soruşturma ve Yaptırımlar

Uygulayıcı Rehberi



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.

® Zorla Kaybetme ve Hukuk Dışı İnfaz: Soruşturma ve Yaptırımlar – Uygulayıcı Rehberi

© Telif hakkı Uluslararası Hukukçular Komisyonu'na aittir, 2017.

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
Geneva
Switzerland

Zorla Kaybetme ve Hukuk Dışı İnfaz: Soruşturma ve Yaptırımlar

Uygulayıcı Rehberi No. 9

Bu rehber, ICJ Genel Sekreteri Wilder Tayler'in rehberliğinde, ICJ Güney Amerika Temsilcisi Federico Andreu-Guzmán tarafından yazılmıştır. Rehber, İspanyolca yazılmış, Katharine Hazel West tarafından İngilizce'ye çevrilmiş ve ICJ'nin Kıdemli Hukuk Müşaviri Jill Heine tarafından gözden geçirilmiştir.

Bu rehber, Finlandiya Dışişleri Bakanlığı, Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığının Demokrasi, İnsan Hakları ve Çalışma Ofisi ve Peru Adli Antropoloji Ekibi'nin desteğiyle basılmıştır.



Hakikat Adalet Hafıza Merkezi'nin Şırnak Barosu işbirliği ile yürüttüğü "Genç İnsan Hakları Savunucularının Cezasızlıkla Mücadele İçin Güçlendirilmesi" projesi kapsamında yayımlanan bu rehber, 2015 yılında Uluslararası Hukukçular Komisyonu [International Commission of Jurists] tarafından hazırlanmıştır.

Rehber, devletin zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz suçlarını etkili bir şekilde soruşturma, kovuşturma ve failleri orantılı bir cezaya çarptırma yükümlülüğünü hem uluslararası içtihat ve doktrin hem de diğer ülkelerin ulusal içtihatlarından örneklerle hatırlatarak, bu süreçte adli birimlerin oynadığı rolün önemine odaklanıyor. Zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz suçlarında cezasızlığı sona erdirmek ve bu suçların tekrarını önlemek için mücadele veren tüm hukukçular için başvuru kitabı niteliğinde olan bu Rehber'in, bu alanda çalışan akademisyenler ve araştırmacılara da kaynak oluşturacağını umuyoruz.

HAKİKAT ADALET HAFİZA MERKEZİ



HAKİKAT ADALET HAFIZA MERKEZİ

Tütün Deposu
Lüleci Hendek Caddesi 12
Tophane 34425 İstanbul/Türkiye
+90 212 243 32 27
info@hafiza-merkezi.org
www.hakikatadalethafiza.org

EDİTÖR

Halit Bingöllü

YAYINA HAZIRLAYAN

Melis Gebeş

ÇEVİRMENLER

Feride Eralp ve Burcu Eren

BASKI

Mas Matbaacılık San. ve Tic. A.Ş.
Hamidiye Mahallesi Soğuksu Caddesi 3
Kağıthane 34408 İstanbul
+90 212 294 10 00
www.masmat.com.tr
Sertifika No: 12055

HAKİKAT, ADALET VE HAFIZA ÇALIŞMALARI DERNEĞİ YAYINLARI
ISBN: 978-605-83814-3-8



ACIK
TOPLUM
VAKFI

Hakikat Adalet Hafıza Merkezi ve Sırnak Barosu işbirliği ile gerçekleştirilen "Genç İnsan Hakları Savunucularının Cezasızlıkla Mücadele İçin Güçlendirilmesi" projesi kapsamında Uluslararası Hukukçular Komisyonu'ndan [International Commission of Jurists] izin alınarak çevrilen bu rapor, Avrupa Birliği ve Açık Toplum Vakfı'nın finansal desteği ile yayımlanmıştır. Raporun içeriğinin sorumluluğu tamamen Hakikat Adalet Hafıza Merkezi'ne aittir ve hiçbir şekilde Avrupa Birliği'nin ve Açık Toplum Vakfı'nın görüşlerini yansıtmaz.

İÇİNDEKİLER

I. BÖLÜM: ZORLA KAYBETME.....	5
1. Genel Hususlar.....	5
2. Zorla Kaybetmenin Tanımı.....	9
a. Uluslararası içtihat ve doktrin.....	11
b. Uluslararası belgeler.....	13
c. Roma Statüsü meselesi.....	18
d. Ulusal içtihat.....	23
3. Zorla Kaybetmenin Nitelendirilmesi.....	27
a. Ağır ve çoklu insan hakkı ihlalleri.....	27
b. Uluslararası hukuk kapsamında suç.....	39
c. Süreğen suç ve insan hakkı ihlalleri.....	42
4. Birden Fazla Mağdur Olması.....	48
5. Çocukların Zorla Kaybedilmesi, Kaçırılması ve Alıkonulması.....	54
a. Çocukların zorla kaybedilmesi.....	55
b. Kaybedilen anne veya babanın çocukları.....	56
c. Çocukların kaçırılması ve/veya alıkonulması.....	57
II BÖLÜM: HUKUK DIŞI İNFAZ.....	63
1. Yaşam Hakkı ve Keyfi Olarak Yaşamdan Yoksun Bırakılma.....	63
2. Yaşam Hakkından Keyfi Olarak Yoksun Bırakma Yöntemleri.....	70
a. Hukuk dışı infaz.....	75
b. Keyfi infaz.....	78
c. Kısa yoldan infaz.....	89
3. Hukuk Dışı İnfazın Nitelendirilmesi.....	91
a. Ağır insan hakları ihlali.....	91
b. Uluslararası hukuk kapsamında suç.....	93
III. BÖLÜM: ZORLA KAYBETME, HUKUK DIŞI İNFAZ VE DİĞER SUÇLAR.....	98
1. Genel Hususlar.....	98
2. Zorla Kaybetme ve İnsan Kaçırma.....	99
3. Zorla Kaybetme ve Hukuk Dışı İnfaz.....	105

4. Zorla Kaybetme ve İŞkence.....	108
5. İnsanlığa Karşı Suçlar.....	109
a. İnsanlığa karşı suçlar hakkında.....	109
b. İnsanlığa karşı suçlar ve hukuk dışı infaz.....	116
c. İnsanlığa karşı suçlar ve zorla kaybetme.....	117
6. Soykırım Suçu.....	121
a. Soykırım suçu.....	121
b. Soykırım ve hukuk dışı infazlar.....	124
c. Soykırım ve zorla kaybetme.....	126
7. Savaş Suçları.....	126
a. Savaş suçu tanımı.....	126
b. Savaş suçu olarak hukuk dışı infaz.....	128
c. Savaş suçu olarak zorla kaybetme.....	129
IV. BÖLÜM: SORUŞTURMA.....	132
1. Genel Hususlar.....	132
2. Soruşturma Yüklümlüğünün Mahiyeti.....	134
3. Soruşturma Yüklümlüğünün Boyutları ve İçeriği.....	139
4. Soruşturmaların Nitelikleri.....	144
a. Gerekli özen ve iyi niyet.....	146
b. Re’sen soruşturma yürütme görevi.....	148
c. Tarafsız ve bağımsız soruşturma.....	151
d. Kapsamlı ve etkili soruşturmalar.....	157
e. Gecikme olmaksızın, ivedilikle soruşturma.....	165
f. Soruşturma için yeterli yasal yetki ve çerçeve.....	168
g. Mağdurların, ailelerinin ve soruşturmaya dahil olanların güvenliği ve korunması.....	172
h. Devlet görevlilerinin görevden uzaklaştırılması ve/veya farklı yer ve görevlere atanmaları.....	178
i. Soruşturmaları engelleyenlere uygulanan yaptırımlar.....	180
5. Aile Bireyleri ve Soruşturma.....	181
V. BÖLÜM: ZORLA KAYBETME VE HUKUK DIŞI İNFAZ SUÇLARININ YARGI YOLUYLA DURDURULMASI.....	185
1. Yargılama ve Cezalandırma Yüklümlüğünün Temeli,	

Mahiyeti ve Kapsamı.....	185
2. Suç Olarak Tanımlama Yükümlülüğü.....	191
3. Yetkili Yargı Mercileri ve Ceza Davaları.....	206
a. Bağımsız, tarafsız ve yetkin mahkemeler.....	206
b. Sanık için yasal güvence.....	213
c. Mağdurların ailelerinin dava sırasındaki hakları.....	214
4. Cezai Sorumluluk Türleri.....	218
a. Hiyerarşide üstte olanların cezai sorumluluğu.....	219
b. Örgütlü bir iktidar aygıtının kontrolünü elinde tutmak yoluyla suçun faili olma.....	232
5. Cezasızlığa Karşı Güvenceler.....	237
a. Af ve benzeri uygulamalar.....	238
b. Klasik muafiyet unsurlarının cezai sorumluluk ve haklı mazeret hükümlerinin dışında bırakılması.....	241
c. Zamanaşımını belirleyen kanun veya hükümler.....	244
d. Hileli res judicata.....	250
e. Cezaların orantılılığı ve gülünç cezalar.....	256
6. Sınırötesi Yargı Yetkisi ve Uluslararası İşbirliği.....	261
VI. BÖLÜM: ADLİ BİLİMLERİN ROLÜ.....	264
1. Giriş.....	264
2. Genel Hususlar.....	269
3. Uzmanlar: Bağımsızlık ve Tarafsızlık.....	273
4. İskeletleşmiş Kalıntıların Mezardan Çıkarılması, Otopsi ve Analizi.....	277
5. Adli Genetik.....	282
6. Delil Zinciri ve Adli Deliller.....	287
EK 1:.....	290
HERKESİN ZORLA KAYBEDİLMEMEYE KARŞI KORUNMASINA DAİR BİLDİRGE.....	290
EK 2:.....	300
BÜTÜN KİŞİLERİN ZORLA KAYBEDİLMEDEN KORUNMASINA DAİR ULUSLARARASI SÖZLEŞME.....	300
EK 3:.....	316

KİŞİLERİN ZORLA KAYBEDİLMESİ HAKKINDA AMERİKALILAR ARASI SÖZLEŞME.....	316
EK 4:	322
YASA DIŞI, KEYFİ VE KISA YOLDAN İNFAZLARIN ETKİLİ ŞEKİLDE ÖNLENMESİ VE SORUŞTURULMASINA DAİR İLKELER.....	322
EK 5:	327
YASA DIŞI, KEYFİ VE KISA YOLDAN İNFAZLARIN ETKİLİ ŞEKİLDE ÖNLENMESİ VE SORUŞTURULMASINA DAİR KURALLAR.....	327
MODEL OTOPSİ PROTOKOLÜ.....	341
MEZAR AÇMA VE İSKELET KALINTILARININ İNCELENMESİ İÇİN MODEL PROTOKOL.....	358
EK 6:	367
ZORLA KAYBETME, KEYFİ VEYA HUKUK DIŞI İNFAZ VAKALARINDA ARAMA SÜREÇLERİ VE ADLİ SORUŞTURMAYA DAİR İLKELER VE ASGARİ STANDARTLAR ÜZERİNE ULUSLARARASI MUTABAKAT.....	367

I. BÖLÜM: ZORLA KAYBETME

Zorla kaybetme, [...] insan hakları ihlallerinin en ağırdır. İnsan hakları kavramının bizatihi kendisine bir meydan okuma teşkil eder; insanların var olma ve kimlik sahibi olma haklarını yadsır. Zorla kaybetme, insan varlığını birhiçliğe dönüştürür. Sorumluların, yasa ve düzeni gülünç kılmaları ve menfur suçlar işlemelerini sağlayan yozlaşma ve gücü kötüye kullanma halinin doruk noktasıdır.”

Niall MacDermot, Uluslararası Hukukçular Komisyonu
Genel Sekreteri (1970-1990)¹

1. Genel Hususlar

İnsanların zorla kaybedilmesi, en ağır insan hakları ihlallerinden biridir. Kaybedilenler, bütün haklarından mahrum bırakılarak, hiçbir yasal koruma olmaksızın savunmasız halde faillerin eline bırakılır. Zorla kaybetme, kaybedilenlerin aileleri ve yakınları için de büyük bir ıstıraba sebep olur. Kaybedilenlerin sürekli geri dönmelerini beklemek, akıbetlerini ve nerede olduklarını bilmemek ebeveynlerinin, eşlerinin ve çocuklarının sürekli acı çekmesine sebep olur. Zorla kaybetme, uluslararası hukuk kapsamında suç olarak tanınmaktadır; dolayısıyla devlet yetkilileri, failleri ve suça iştirak edenleri soruşturmak, dava etmek ve cezalandırmakla mükelleftir.

1960'ların ortalarından itibaren, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu (Inter-American Commission on Human Rights – IACHR), bazı bölge ülkelerinde görülen bu ağır uygulamayla ilgili uyarılar yayınlamaya başlamıştır.² Komisyon'un 1976'da yaptığı

¹ *Le Refus de l'oubli - La politique de disparition forcée de personnes - Colloque de Paris, janvier - février 1981*, Ed. Berger-Levrault, Paris 1981, s. 35 (Fransızca orjinalinden mealen çevrilmiştir).

² Diğerlerinin yanı sıra bkz.: *IACHR'in Dominik Cumhuriyeti'nde Yürüttüğü Faaliyetlere İlişkin Raporu (Report of the IACHR on its Activities in Dominican Republic)*, OAS/Ser.L/V/II.13, doc. 14 Revs. 15 Ekim 1965; *IACHR'in Dominik Cumhuriyeti'nde Yürüttüğü Faaliyetlere İlişkin Raporu (Report of the IACHR on its Activities in la Dominican Republic)*, OAS/Ser.L/V/II.15, doc. 6 Revs. 28 Ekim 1966; *Haiti'de İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Rapor (Report on the Situation of Human Rights in Haiti)*, OAS/Ser.L/V/II.21 doc. 6 Revs. 21 Mayıs 1969; *Amerikalılar Arası İnsan Hakları*

açıklamaya göre; "halihazırda 'kayıp kişiler' olarak kayda geçirilmiş çok sayıda vaka vardır. Bu kişiler, tanıklar ve diğer kanıtlara göre, asker ya da polis yetkilileri tarafından gözaltına alınmıştır; ancak gözaltında oldukları reddedilmekte ve nerede oldukları bilinmemektedir. Bu durumlarda, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmanın yanı sıra, kayıp kişinin ölü mü sağ mı olduğunu bilmeyen ve yasalarca tanınan haklarından yararlanamayan veya onlara maddi ya da manevi destek sunamayan yakınları ve arkadaşları ıstırap çeker. [...] Bu kişilere 'kayıp' statüsü vermek, bireyin özgürlüğünün, fiziki güvenliğinin, haysiyetinin ve insan yaşamının korunması için oluşturulan yasal hükümlerin uygulanmasından kaçınmak için rahat bir yol gibi görünüyor. Uygulamada bu, son yıllarda bazı ülkelerde yasa dışı alıkoymaların ve gözaltına alınan kişilere karşı fiziksel ve psikolojik olarak zor kullanılmasının önüne geçmek için oluşturulan yasal standartları hükümsüz kılmaktadır".³

Komisyon'a göre, "bu, acımasız ve insanlık dışı bir uygulamadır. Deneyimlerin gösterdiği üzere, 'kaybetme' yalnızca mağduru keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakmakla kalmaz, aynı zamanda mağdurun kişisel bütünlüğüne, güvenliğine ve hayatına da ciddi tehlike arz eder. Ayrıca, mağdurların akıbetini bilmemekten ve

Komisyonu'nun Yıllık Raporu (Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights) 1971, OAS/Ser.L/V/II.27, Doc. 11 Revs. 6 Mart 1972; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Yıllık Raporu 1972, OAS/Ser.L/V/II.29, Doc. 41 Revs. 2, 13 Mart 1973; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Yıllık Raporu 1974, OAS/Ser.L/V/II.34, doc. 31 rev.1 30 Aralık 1974; Şili'de İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Rapor (Report on the Situation of Human Rights in Chile), OAS/Ser.L/V/II.34 doc. 21 25 Ekim 1974; Şili'de İnsan Haklarının Durumuna İlişkin İkinci Rapor (Second Report on the Situation of Human Rights in Chile), OAS/Ser.L/V/II.37 doc. 19 corr. 1 28 Haziran 1976; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Raporu (Inter-American Commission on Human Rights Report) 1976, OAS/Ser.L/VII.40, doc. 5 corr.1 10 Mart 1977; Paraguay'da İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Rapor (Report on the Situation of Human Rights in Paraguay), OAS/Ser.L/V/II.43, Doc. 13 corr. 1 31 Ocak 1978; El Salvador'da İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Rapor (Report on the Situation of Human Rights in El Salvador), OAS/Ser.L/V/II.46, doc.23 Revs. 1 17 Kasım 1978; ve Arjantin'de İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Rapor (Report on the Situation of Human Rights in Argentina), OAS/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 11 Nisan 1980.

³ *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Yıllık Raporu (Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights) 1976, OAS/Ser.L/VII.40, doc. 5 corr.1, 10 Mart 1977 (yalnızca İspanyolcası mevcuttur, mealen çeviri)*

onlara hukuki, manevi ve maddi destek sunamamaktan dolayı ailesi ve arkadaşları için de tam bir işkencedir".⁴

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (Inter-American Court of Human Rights - IACtHR), zorla kaybetme uygulamasının, "Amerikalılar arası sistemin temelini oluşturan asli ilkelerin apaçık bir şekilde reddedilmesi"⁵ anlamına geldiği yorumunda bulunmuştur. Bir zorla kaybetme davası ile ilgili ilk hükmünden itibaren, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, "kaybetme uygulaması, Sözleşme'nin birçok hükmünü doğrudan [...] ihlal etmenin yanı sıra, [...] insan haysiyeti kavramından ve Amerikalılar arası sistemin ve Sözleşme'nin en temel ilkelerinden doğan değerlerden hoyratça feragat edilmesi bakımından anlaşmanın esastan ihlali anlamına gelir. Ayrıca, bu uygulamanın varlığı, devletin kendisini Sözleşme'de tanınan hakları garanti altına alacak şekilde düzenleme görevini yerine getirmediğini de gösterir [...]"⁶ açıklamasında bulunmuştur.

"Zorla ya da irade dışı kaybetmeler, günümüzde en kapsamlı insan hakları ihlali biçimidir. Mağdurlarda sonsuz ısraba, ailelerinde hem sosyal hem psikolojik anlamda yıkıcı sonuçlara ve yaşadıkları toplumlarda ahlaki tahribata yol açmaktadır." Birleşmiş Milletler Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu⁷

⁴ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Yıllık Raporu (*Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*) 1977, OAS/Ser.L/V/II.43, Doc. 21 corr. 1, 20 Nisan 1978.

⁵ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 112. Ayrıca bkz.: 19 Temmuz 1988 tarihli karar, *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Seri C No. 4, para. 158; 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru Davası*, Seri C No. 162, para. 115; 24 Kasım 2010 tarihli karar, *Gomes Lund ve diğerleri ("guerrilha do Araguaia")/Brezilya Davası*, Seri C No. 219, para. 105; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 59; 25 Mayıs 2010 tarihli karar, *Chitay Nech ve diğerleri/Guatemala Davası*, Seri C No. 212, para. 86; 1 Eylül 2010 tarihli karar, *Ibsen Cárdenas ve Ibsen Peña/Bolivya Davası*, Seri C No. 217, para. 61; 27 Şubat 2012 tarihli karar, *Narciso Gonzlez Medina ve Aile Fertleri/Dominik Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 240, para. 130; 31 Ağustos 2011 tarihli karar, *Contreras ve Diğerleri/El Salvador Davası*, Seri C No 232, para. 83; ve 29 Kasım 2012 tarihli karar, *García ve Aile Fertleri/Guatemala Davası*, Seri C No. 258, para. 96.

⁶ 19 Temmuz 1988 tarihli karar, *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Seri C No. 4, para. 158.

⁷ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances)*, UN Doc. E/CN.4/1985/15, 25 Ocak 1985, para. 291.

Zorla kaybetmelerle ilgili ilk kararını⁸ aldığı 1978'den itibaren, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, zorla kaybetme uygulamasını, birden fazla insan hakkının ağır biçimde ihlal edilmesi olarak tanımlamıştır. 1990'lardan bu yana, Genel Kurul, "bütün zorla kaybetme uygulamalarının, insan haysiyetine karşı saldırı olduğunu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde belirtilen ve bu alandaki diğer uluslararası belgelerde teyit edilip geliştirilen insan hakları ve temel özgürlüklerin ağır bir biçimde ve pervasızca ihlal edilmesi"⁹ anlamına geldiğini yinelemektedir.

Amerika kıtasında 1983'ten beri, Amerikan Devletleri Örgütü (Organization of American States – OAS) Genel Kurulu, "Amerika kıtasında kişileri zorla kaybetme uygulaması, yarım kürenin vicdanına hakarettir"¹⁰ demektedir. Genel Kurul, konu ile ilgili ilk kararlarında, zorla kaybetmeyi "hukukun üstünlüğü ile alay eden, zalimane ve insanlık dışı"¹¹ bir uygulama olarak tanımlamıştır.

OAS Genel Kurulu: "Zorla kaybetme uygulamasının, çok sayıda insan hakkını çok yönlü ve kesintisiz olarak ihlal ettiğini, yaygın veya sistematik bir şekilde uygulanmasının yürürlükte bulunan uluslararası hukuk belgelerinde belirtildiği üzere, insanlığa karşı suç teşkil ettiğini; dolayısıyla olağanüstü hal veya hukuki güvencelerin istisnası ya da askıya alınması durumlarında dahi uygulanamayacağını, onaylanamayacağını veya göz yumulamayacağını TEKRAR TEYİT EDER."¹²

1984'de, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, zorla kaybetmelerin "hiçbir insani toplumun idealleri ile bağdaşmadığını" belirtmiş, bunu "insan haklarının korunması ile ilgili uluslararası

⁸ 33/173 sayılı 20 Aralık 1978 tarihli karar; 35/193 sayılı, 15 Aralık 1980 tarihli; 36/163 sayılı, 16 Aralık 1981 tarihli; 37/180 sayılı, 17 Aralık 1982 tarihli; 38/94 sayılı, 16 Aralık 1983 tarihli; 39/111 sayılı, 14 Aralık 1984 tarihli; 40/147 sayılı, 13 Aralık 1985 tarihli; 41/145 sayılı, 4 Aralık 1986 tarihli; 42/142 sayılı, 7 Aralık 1987 tarihli; 43/159 sayılı, 8 Aralık 1988 tarihli; 44/160 sayılı, 15 Aralık 1989 tarihli; 45/165 sayılı, 18 Aralık 1990 tarihli; 46/125 sayılı, 17 Aralık 1991 tarihli; 47/132 sayılı, 18 Aralık 1992 tarihli; 49/193 sayılı, 23 Aralık 1994 tarihli; 51/94 sayılı, 12 Aralık 1996 tarihli; 53/150 sayılı, 9 Aralık 1998 tarihli kararlarına bakınız.

⁹ 49/19 sayılı 23 Aralık 1994 tarihli karar, par. 1 ve 2.

¹⁰ AG/RES. 666 (XIII-0/83) sayılı 18 Kasım 1983 tarihli karar. Ayrıca bkz.: AG/RES. 742 (XIV-0/84) sayılı, 17 Kasım 1984 tarihli; AG/RES. 950 (XVIII-0/88) sayılı, 19 Kasım 1988 tarihli; AG/RES. 1022 (XIX-0/89) sayılı, 10 Kasım 1989 tarihli ve AG/RES. 1044 (XX-0/90) sayılı, 8 Haziran 1990 tarihli kararlar.

¹¹ AG/RES. 742 (XIV-0/84) sayılı, 17 Kasım 1984 tarihli karar.

¹² AG/RES. 2794 (XLIII-0/13) sayılı, 5 Haziran 2013 tarihli karar.

belgelerde tanınan bütün insan haklarının pervasızca ihlal edilmesi"¹³ olarak tanımlamıştır.

Bu uygulamanın hem uluslararası hukukta hem de hükümetlerarası siyasi organlarda ağır bir insan hakkı ihlali ve uluslararası bir suç olarak tanımlanmasına rağmen, ancak 2006 yılında *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*'nin imzalanmasıyla, uluslararası bir metinde "zorla kaybetmeye maruz kalmama"¹⁴ hakkı teminat altına alınmıştır. Bununla beraber, daha öncesinden bazı ülkelerin anayasalarında zorla kaybetmeye maruz kalmama hakkına veya zorla kaybetme yasağına yer verildiğini belirtmek gerekir.¹⁵ Sonrasında diğer devletler de zorla kaybetmeye maruz kalmama hakkını veya zorla kaybetme yasağını anayasalarına dahil etmişlerdir.¹⁶

2. Zorla Kaybetmenin Tanımı

İlk uluslararası beyanlardan itibaren, zorla kaybetme, kişinin devlet yetkilileri tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılması, akıbetinin ve nerede olduğunun açıklanmaması veya kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığının kabul edilmemesi olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Zorla kaybetme tanımının ayrıntılandırılması uzun sürmüş, bu

¹³ 828 sayılı 1984 tarihli karar, par. 2 ve 4. İki yıl önce, Parlamenter Meclisi, Avrupa ve Latin Amerika'ya ilişkin 774 sayılı (1982) kararı kabul etmiş, zorla kaybetme uygulaması kınanmıştı.

¹⁴ *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)*, Madde 1.

¹⁵ Örn. Bkz.: Kolombiya (1991, md. 12), Paraguay (1992, md. 5), Ekvador (1998, md. 23,2) ve Venezuela (1999, md. 29 ve 45) Anayasaları.

¹⁶ Örn. Bkz: Bolivya Devleti (2009, md. 15, IV) ve Ekvador Cumhuriyeti (2008, md. 66.3, c ve 80) Anayasaları.

¹⁷ Örn. Bkz: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 33/173 sayılı, 20 Aralık 1978 tarihli "Kaybedilen Kişiler" kararı (Genel Hususlar, Para 2 ve 3); *IACHR'in Dominik Cumhuriyeti'nde Yürüttüğü Faaliyetlere İlişkin Raporu (Report of the IACHR on its Activities in Dominican Republic)*, OAS/Ser.L/V/II.13, doc. 14. 15 Ekim 1965, Bölüm IV, "Kaybedilen Kişilerin Davaları" (Chapter IV, "Cases of disappeared persons"); *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Yıllık Raporu (Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights)* 1971, OAS/Ser.L/V/II.27, Doc. 11 rev., 6 Mart 1972, III. Bölüm "Dilekçeler ve Talepler", Dilekçe No. 1701, Arjantin (Part III "Petitions and Claims", Petition No. 1701, Argentina) ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 29 Mart 1982 tarihli görüşler, 30/1978 sayılı Bildirim, *Eduardo Bleier/Uruguay* ve 21 Temmuz 1983 tarihli görüşler, 107/1981 sayılı Bildirim, *Elena Quinteros ve M.C. Almeida de Quinteros/Uruguay*.

süreçte BM Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu¹⁸, Şili’de İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Geçici Komite¹⁹ ve BM Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu öncü olmuştur. Aynı şekilde, bu süreç boyunca, mağdurların ailelerinin oluşturduğu kuruluşlar²⁰ ve STK’lar ile bağımsız uzmanlar²¹ da çok önemli bir rol oynamıştır.

Farklı uluslararası hukuk belgeleri, uluslararası içtihat ve doktrin, zorla kaybetmenin tanımı ve unsurları konusunda hemfikirdir. Hem suç hem de ciddi bir insan hakkı ihlali olarak kabul edilen zorla kaybetme, iki davranışın bir arada bulunduğu karmaşık bir suçtur: Kişi, bir taraftan, devlet adına görev yapan ya da devletin yetkilendirmesi, desteğı veya bilgisi dahilinde hareket eden kişiler tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılırken diğerk taraftan

¹⁸ 1970’lerden itibaren Alt Komisyon, bilhassa Arjantin, Şili ve Uruguay bağlamında zorla kaybetme meselesi ile ilgilenmiştir; 1979’da konu ile ilgili bir çalışma grubu kurulmasını tavsiye etmiştir (5 B (XXXII) sayılı, 5 Eylül tarihli karar). 1984’de, Alt Komisyon, zorla kaybetme ile ilgili uluslararası bir metnin ilk taslağını hazırlamıştır – *Durumları Ne Olursa Olsun Kişilerin Kabul Edilmeyen Alıkönulmalarına Karşı Deklarasyon (Declaration against Unacknowledged Detention of Persons, Whatever Their Condition)*; ancak bu, BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından hiçbir zaman incelenmemiştir.

¹⁹ Bu komite, General Augusto Pinochet tarafından gerçekleştirilen darbe dolayısıyla BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi (ECOSOC) tarafından kurulmuştur.

²⁰ Bilhassa *Federación Latinoamericana de Familiares de Detenidos-Desaparecidos* (Alıkönanların-Kaybedilenlerin Yakınlarının Kurdukları Latin Amerika Dernekler Federasyonu ya da İspanyolca kısaltması ile FEDEFAM), zorla kaybetmeye ilişkin bir sözleşme taslağı kabul etmiş, taslak ile 1982’deki yıllık kongresinde bu suçun yargılanması için uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasını tasarlamıştır (Peru).

²¹ Diğerkleri yanında bkz.: *Le Refus de l’oubli - La politique de disparition forcée de personnes - Colloque de Paris, janvier - février 1981*, Ediciones Berger-Levrault, Paris, 1981; Uluslararası Af Örgütü, ‘Kaybetmeler’, çalışma kitabı (Amnesty International, *‘Disappearances’ a workbook*, New York, 1981); Groupe de travail de la Commission sur les Disparus, *Disparus – Rapport a la Commission indépendante sur les questions humanitaires internationales*, Ediciones Berger-Levrault, Paris, 1986; Grupo de iniciativa por una convención internacional sobre la enforced disappearance de personas, *La desaparición – Crimen de Lesa Humanidad*, Ed. Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Buenos Aires, 1987; Grupo de iniciativa, *La desaparición como Crimen de Lesa Humanidad, El “Nunca Más” ve la comunidad internacional*, Buenos Aires, 1989; ve Uluslararası Af Örgütü, *Kaybetmeler ve Siyasi Cinayetler: 1990’ların İnsan Hakları Krizi: Eyleme Yönelik El Kitabı* (Amnesty International, *Disappearances and Political Killings: – Human Rights Crisis of the 1990s: A Manual for Action*), 1994.

özgürlüğünden yoksun bırakıldığı kabul edilmez veya akıbeti ya da nerede olduğu gizlenir.

a. Uluslararası içtihat ve doktrin

Birleşmiş Milletler Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu (United Nations Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances – WGEID), zorla kaybetmeyi ayırt eden unsurlar üzerinde düşünüp tartışmıştır. Bu bağlamda, 1988’de WGEID, zorla kaybetmenin betimleyici ve uygulamaya dönük bir tanımını yapmıştır. Buna göre, “tipik bir zorla ya da irade dışı kaybetme vakası genel olarak şu şekilde tanımlanabilir: Kimliği açıkça bilinen bir kişi devletin herhangi bir kurumu ya da kademesinde görevli kişiler veya devlet adına veya devletin desteği, izni ya da göz yumması ile hareket eden örgütlü gruplar veya şahıslar tarafından iradesi dışında alıkonur. Daha sonra bu güçler kişinin nerede olduğunu gizler veya akıbeti ile ilgili bilgi vermeyi reddeder ya da kişinin alıkonulduğunu kabul etmez.”²² WGEID, zorla kaybetme vakasını ayırt eden ve zorla kaybetme suçunun tanımında yer verilmesi gereken unsurları şu şekilde belirlemiştir: “a) İlgili kişinin iradesi dışında özgürlüğünden mahrum bırakılması; b) Devlet yetkililerinin, göz yumma şeklinde dolaylı olarak bile olsa, alıkoyma eylemine dahil olmaları; c) Kaybedilen kişinin akıbeti ve nerede olduğu ile ilgili bilginin gizlenmesi.”²³ Aynı şekilde, WGEID’ye göre, “ilgili suç [zorla kaybetme], mağdurun iradesi dışında tutuklanması, alıkonulması veya kaçırılması ile başlar. Buna göre zorla kaybetme, yasa dışı bir alıkonma veya başlangıçta yasal olan bir tutuklama ya da gözaltı işlemi ile başlayabilir. Yani bir mağdur, her ne şekilde olursa olsun, özgürlüğünden yoksun bırakıldığı anda zorla kaybedilmeye karşı

²² Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances), BM Belgesi (UN Doc). E/CN.4/1988/19, para. 17.

²³ Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu’nda “15 Ocak 1996 tarihli Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Deklarasyon ile ilgili Genel Yorumlar” (“General Comments on the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance of 15 January 1996”, in Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances), BM Belgesi (UN Doc). E/CN.4/1996/38, para. 55.

korumaya alınmalıdır; bu koruma yalnızca özgürlüğünden yasa dışı şekilde mahrum bırakıldığı durumlarda sınırlandırılmamalıdır.”²⁴

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, bir zorla kaybetme vakasını hem suç hem de ciddi bir insan hakları ihlali olarak ayırt eden iki unsuru aynı şekilde belirlemiştir: “[...] tutuklama, alıkoyma veya kaçırma işlemleri ve özgürlükten mahrum bırakılmayla ilgili bilgi vermeyi reddetme.”²⁵

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme*’nin taslağının hazırlık sürecinde, “zorla veya irade dışı kaybedilme, kişinin devlet yetkilileri tarafından veya devletin göz yumması ile, yetkili makamın emri olmaksızın alıkonulması, alıkonma işleminin reddedilmesi ve alıkonan kişinin akıbeti veya nerede olduğu bilgisinin verilmemesi olarak tanımlanabilir”²⁶ demiştir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, uluslararası hukuk alanındaki gelişmeler ışığında, şu hususların “zorla kaybetme vakalarının müşterek ve asli unsurları” olduğunu yinelemiştir: (a) özgürlükten mahrum bırakma; (b) Devlet görevlilerinin doğrudan müdahil olması veya göz yumması ve (c) alıkonma işleminin kabul edilmemesi ve alıkonan kişinin akıbetinin ya da nerede olduğunun gizlenmesi.”²⁷

Mahkeme, “bu tanımlamanın farklı uluslararası metinlerde, Avrupa insan hakları sisteminin içtihadında, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ile ilgili İnsan Hakları Komitesi ve yerel

²⁴ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu*’nda “Zorla Kaybetmenin Tanımı ile ilgili Genel Yorum” (“General Comment on the definition on Enforced Disappearances”, para. 7, in *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*), A/HRC/7/2 2007, 10 Ocak 2008.

²⁵ 2 Kasım 2005 tarihli görüşler, *Norma Yurich/Şili*, 1078/2002 sayılı Bildirim, para. 6.3.

²⁶ *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu (Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights), 1986-1987, Doc. Cit.*, Bölüm V, “II, *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme*.” (“II, *Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons*”)

²⁷ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 113.

yüksek mahkemelerin kararlarında yer verilen tanımlarla uyumlu"²⁸ olduğunu vurgulamıştır. Yine benzer şekilde, Mahkeme'nin vurgusuna göre, özgürlükten mahrum bırakmanın yanı sıra, "zorla kaybetme vakalarını ayırt eden, kişinin özgürlüğünden mahrum bırakıldığıнын kabul edilmemesi veya alıkonan kişinin akıbeti ya da bulunduğu yer ile ilgili bilgi verilmemesi ve arkada hiçbir iz veya kanıt bırakılmamasıdır. Bu unsur, suçu insan kaçırma ve cinayet gibi genellikle kendisiyle ilişkilendirilen diğer suçlardan ayırt etmek adına yasal tanımında yer almalıdır"²⁹. Dolayısıyla, Mahkeme, zorla kaybetme vakalarında, "hakikatin reddinin her aşamada görülen ortak özellik"³⁰ olduğunu belirtmiştir.

b. Uluslararası belgeler

Birçok uluslararası belgede zorla kaybetme suçu tanımlanmış ya da *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge*'de olduğu gibi operasyonel bir tanımlama yapılmıştır. Bu tanımlar, uluslararası içtihat hukuku ve öğretisine ve WGEID,³¹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu³² ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları

²⁸ A.g.e.

²⁹ 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136, para. 103.

³⁰ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 63.

³¹ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances)*, UN Doc. E/CN.4/1988/19, para. 17. Hem 1990 tarihli raporunda hem de *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* taslağı çerçevesinde, WGEID, zorla kaybetme tanımını oluşturan unsurları düzenlemiş ve bu fiili suç olarak tanıyan uluslararası bir metnin önemini vurgulamıştır (UN. Doc. E/CN.4/1990/13, para. 31). "Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge'nin 4. Maddesi ile İlgili Genel Yorum"unda ("General Comment on Article 4 of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance"), WGEID zorla kaybetme suçunun kurucu unsurlarını yeniden belirtmiştir (UN Doc. E/CN.4/1996/38, para. 55). 2000 tarihli raporunda, WGEID, zorla kaybetmenin uluslararası bir suç olduğunu bir kez daha ifade etmiştir (UN Doc. E/CN.4/2000/64, para. 137).

³² Amerikalılar Arası Komisyon, *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme (Inter- American Convention on Forced Disappearance of Persons) taslağı ile ilgili çalışmalar kapsamında*, zorla kaybetme suçununun tanımını yapmak amacıyla bir dizi kıstas ortaya koymuştur (CDG/3360-E).

Mahkemesi³³ ile İnsan Hakları Komitesi³⁴ tarafından yapılan zorla kaybetme tanımının unsurlarına dayanmaktadır.

Zorla kaybetme suçu, *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge*'de (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance – DED), *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme*'de (Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons – IACFDP), *Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsü*'nde ve *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*'de (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance – ICPED) farklı ibarelerle tanımlanmıştır. Ancak bu belgelerde yer verilen tanımların hepsi, bazı küçük farklılıklarla birlikte zorla kaybetme vakalarının ayırt edici iki özelliği konusunda hemfikirdir: Özgürlükten mahrum bırakma ve hemen akabinde kişinin akıbeti ve nerede olduğunun gizlenmesi.

DED'nin maddeleri arasında zorla kaybetme tanımına yer verilmesi de, giriş bölümünde bir zorla kaybetme vakası tanımlanarak zorla kaybetme suçunun asli unsurları tekrarlanmaktadır: "Kişileri hukukun koruması dışına çıkaracak şekilde [...] kişilerin, Hükümetin değişik kurum veya kuruluşlarındaki görevlileri veya Hükümet

³³ *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*'nda verdiği karardan itibaren, Mahkeme, daha büyük bir titizlikle, kişilerin zorla kaybedilmesini tanımlayan ve niteleyen unsurları geliştirmektedir.

³⁴ Ayrıca bkz.: 29 Mart 1982 tarihli görüşler, 30/1978 sayılı Bildirim, *Eduardo Bleier/Uruguay*; 21 Temmuz 1983 tarihli görüşler, 107/1981 sayılı Bildirim, *Elena Quinteros ve M.C. Almeida de Quinteros/Uruguay*; 3 Kasım 1989 tarihli görüşler, 181/1984 sayılı Bildirim, *Sanjuán Arévalo/Kolombiya*; 23 Mart 1994 tarihli görüşler, 440/1990 sayılı Bildirim, *El Megreisi / Libya Arap Jamahiriya*; 24 Temmuz 1994 tarihli görüşler, 458/1991 sayılı Bildirim, *Mukong/Kamerun*; 15 Temmuz 1994 tarihli görüşler, 449/1991 sayılı Bildirim, *Rafael Mojica/Dominik Cumhuriyeti*; 27 Ekim 1995 tarihli görüşler, 563/1993 sayılı Bildirim, *Nydia Erika Bautista de Arellana/Kolombiya*; 25 Mart 1996 tarihli görüşler, 540/1993 sayılı bildirim, *Besilio Laureano Atachahua/Peru*; 29 Temmuz 1997 tarihli görüşler, 612/1995 sayılı Bildirim, *José Vicente ve Amado Villafaña Chaparro ve Diğerleri/Kolombiya*; 2 Kasım 2005 tarihli görüşler, 1078/2002 sayılı Bildirim, *Norma Yurich/Şili*; 30 Mart 2006 tarihli görüşler, 992/2001 sayılı Bildirim, *Louisa Bousroual/Cezayir*; 16 Temmuz 2003 tarihli görüşler, 950/2000 sayılı Bildirim, *Jegatheeswara Sarma/Sri Lanka* ve 30 Mart 2006 tarihli görüşler, 1196/2003, sayılı Bildirim, *Boucherf/Cezayir*.

namına, Hükümetin doğrudan veya dolaylı desteği, rızası veya onayı ile hareket eden örgütlü gruplar veya şahıslar tarafından gözaltına alınmaları, alıkonmaları veya iradelerine aykırı biçimde kaçırmaları ya da başka yollarla özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları ve akabinde akıbetleri veya nerede buldukları konusunda açıklama yapılmaması veya özgürlüklerinden yoksun bırakılmış olduklarının kabul edilmemesi...³⁵

IACFDP’de aynı unsurları içeren bir tanım yer almaktadır. Bu tanıma göre zorla kaybetme: “[...] kişilerin, devlet aktörleri veya devletin izni, desteği veya göz yummasıyla hareket eden kişi veya gruplar tarafından herhangi bir biçimde özgürlüklerinden yoksun bırakılması ve bunun akabinde söz konusu kişilere ilişkin bilginin yokluğu veya özgürlüklerinden yoksun bırakılmış olduklarının reddedilmesi ya da yerlerine ilişkin bilgi verilmemesi sonucu kayıp kişinin uygun yasal çözümlere ve usuli güvencelere erişiminin engellenmesidir”³⁶.

ICPED’de de yine aynı unsurları içeren bir zorla kaybetme suçu tanımı yapılmıştır. Uluslararası Sözleşme’ye göre, zorla kaybetme suçu, “kişilerin, devlet adına görev yapan veya devletin izni, desteği veya göz yummasıyla hareket eden kişiler veya gruplar tarafından tutuklanması, gözaltına alınması, kaçırmaları veya başka herhangi bir biçimde özgürlüklerinden yoksun bırakılması ve bunun akabinde söz konusu kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmış olduğunun reddedilmesi veya kaybedilmiş kişinin yerinin ya da akıbetinin gizlenmesi sonucu kayıp kişinin hukukun koruması dışında kalmasıdır.”³⁷

ICPED’in müzakere ve hazırlık çalışmaları sırasında, “hukuki koruma dışında bırakma” ifadesinin tartışma konusu olduğunu belirtmek gerekir.³⁸ Roma Statüsü’nde yer alan “kanun koruması

³⁵ Giriş bölümünün 3. paragrafı.

³⁶ II. Madde.

³⁷ 2. Madde.

³⁸ *Tüm kişilerin zorla kaybetmeden korunmasına ilişkin yasal olarak bağlayıcı normatif bir belge taslağı oluşturmak adına Oturumlararası Açık Uçlu Çalışma Grubu’nun Raporu (Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance)*, UN Doc. E/CN.4/2004/59, 23 Şubat 2004, para. 24 ve takip eden

dışında bırakma" kastının özel olarak aranmasının gerektiğine dair ifade kabul edilmemiŐtir. Bazı devlet delegasyonları, kanun koruması dışında bırakma hususunun özel kast unsuru ilave edilerek ele alınmasının DED ve IACFPD tarafından yapılan tanımlara veya zorla kaybetme suçunun asli unsurları ile ilgili olarak gelişmekte olan uluslararası doktrin ve içtihadı uygun olmadığını belirtmiŐlerdir. Benzer Şekilde, tanıma özel kast unsuru dahil edilmesiyle birlikte suçun iŐlendiĐinin kanıtlanmasının daha da zorlaŐacağını ve "ulusal ceza hukukunda her halükarda genel kastın (*dolus generalis*) her zaman öngöröldüğünü [...] [ve] ek bir kast unsuru (*dolus specialis*) düşünölmemesi gerektiğini"³⁹ vurgulamıŐlardır. Bu bakımdan, SözlöŐme'nin hazırlanması sırasında, kişilerin zorla veya irade dışı kaybedilmeden korunmasına yönelik cezai hususlar ve insan hakları bağlamında mevcut uluslararası çerçeveyi incelemekle görevli bağımsız uzman Manfred Nowak, içtihat ve uluslararası metinler ışığında, "zorla kaybetme fiilinin asgari düzeyde: a) kişinin iradesi dışında özgürlüğünden yoksun bırakılması, b) devlet yetkililerinin göz yumarak en azından dolaylı olarak dahil olması; c) kişinin alıkunduğunun kabul edilmemesi ve akıbeti ve nerede olduğuyla ilgili bilgi verilmemesi unsurlarını içerdüğünü"⁴⁰ belirtmiştir.

paragraflar; *Tüm kişilerin zorla kaybetmeden korunmasına ilişkin yasal olarak bağlayıcı normatif bir belge taslağı oluşturmak adına Oturumlararası Açık Uçlu Çalışma Grubu'nun Raporu*, UN Doc. E/CN.4/2005/56 10 Mart 2005, para. 23 ve devamı; *Tüm kişilerin zorla kaybetmeden korunmasına ilişkin yasal olarak bağlayıcı normatif bir belge taslağı oluşturmak adına Oturumlararası Açık Uçlu Çalışma Grubu'nun Raporu*, UN Doc. E/CN.4/2006/57, 2 Şubat 2006, para. 91 ve devamı.

³⁹ *Tüm kişilerin zorla kaybetmeden korunmasına ilişkin yasal olarak bağlayıcı normatif bir belge taslağı oluşturmak adına Oturumlararası Açık Uçlu Çalışma Grubu'nun Raporu (Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance)*, UN Doc. E/CN.4/2005/66, 10 Mart 2005, para. 25.

⁴⁰ *Kişilerin zorla veya irade dışı kaybedilmeden korunmasına yönelik cezai hususlar ve insan hakları bağlamında mevcut uluslararası çerçeveyi incelemekle görevli bağımsız uzman Manfred Nowak tarafından sunulan rapor, (Report submitted by Mr. Manfred Nowak, independent expert charged with examining the existing international criminal and human rights framework for the protection of persons from enforced or involuntary disappearances)*, UN Doc. E/CN.4/2002/71, 8 Ocak 2002, Para. 70.

Bununla beraber, “[a] hukuki koruma dışında bırakılmanın zorla kaybedilme eyleminin bir sonucu mu yoksa tanıma için olarak mı değerlendirilmesi gerektiğine dair bir tartışma yürütülmüştür”⁴¹. Bazı devlet delegasyonları, IACFPD’nin tanımı dikkate alındığında, bu hususun tanımın maddi unsuru olarak değerlendirilebileceği, diğerleri ise bunun kaybedilmenin doğal bir sonucu olduğunu belirtmişlerdir⁴². Nihai olarak kabul edilen metinde, ICPEP’in 2. Maddesi tartışmayı nihayete erdirememiştir. Dolayısıyla, Sözleşme’yi hazırlayan Çalışma Grubu’nun Başkan-Raportörü Fransız Büyükelçi Bernard Kessedjian, 2. Maddenin lafzının “kanun koyuculara kişinin hukukun koruması dışında bırakılmasını tanımın için bir parçası olup olmadığını yorumlama seçeneği”⁴³ vererek “yapıcı bir muğlaklık” oluşturduğunu belirtmiştir.

Bu bağlamda, ICPEP tarafından oluşturulan Zorla Kaybetmeler Komitesi’nin “bir kişinin hukukun koruması dışında bırakılmasının” zorla kaybetme suçunun işlenmesinin bir sonucu olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirttiğini vurgulamak gerekir.⁴⁴ WGEID de yine benzer bir değerlendirme yapmıştır.⁴⁵ Aynı şekilde, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de “bir kişinin hukukun

⁴¹ A.g.e., para. 23.

⁴² A.g.e., para. 25 ve *Tüm kişilerin zorla kaybetmeden korunmasına ilişkin yasal olarak bağlayıcı normatif bir belge taslağı oluşturmak adına Oturumlararası Açık Uçlu Çalışma Grubu’nun Raporu (Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance)*, UN Doc. E/CN.4/2006/57, 2 Şubat 2006, para. 91.

⁴³ *Tüm kişilerin zorla kaybetmeden korunmasına ilişkin yasal olarak bağlayıcı normatif bir belge taslağı oluşturmak adına Oturumlararası Açık Uçlu Çalışma Grubu’nun Raporu (Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance)*, UN Doc. E/CN.4/2006/57, 2 Şubat 2006, para. 93.

⁴⁴ Zorla Kaybetmeler Komitesi: *Sözleşme’nin 29. Maddesi Para. 1 uyarınca Paraguay tarafından sunulan rapora dair sonuç gözlemleri (Committee on Enforced Disappearances: Concluding observations on the report submitted by Paraguay under article 29, para. 1, of the Convention)*, CED/C/PRY/CO/1, 24 Eylül 2014, para. 14.

⁴⁵ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu – Ek: Ulusal ceza mevzuatlarında zorla kaybetme konusunda en iyi uygulamalar (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances – Addendum: Best practices on enforced disappearances in domestic criminal legislation)*, UN Doc. A/HRC/16/48/Add.3, 28 Aralık 2010, para. 32.

koruması dışında bırakılmasının", "kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığıın kabul edilmemesi veya nerede olduğunun bildirilmemesinin sonucu"⁴⁶ olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda ve aynı zamanda WGEID doktrini ve IACFDP ve ICPED'den yola çıkarak, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması; devlet görevlilerinin doğrudan ya da dolaylı dahli ve kişinin alıkondüğunun kabul edilmemesi ve akıbeti ve nerede olduğu ile ilgili bilgi verilmemesinin zorla kaybetme fiilini hem suç hem de ağır bir insan hakkı ihlali olarak ayırt eden özellikler olduğu sonucuna varmıştır.⁴⁷

c. Roma Statüsü meselesi

Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü kendi yargı yetkisi bakımından, zorla kaybetmeyi "sivil halka yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının" bir parçası olması durumunda insanlığa karşı suç olarak kabul eder. Bu bakımdan, Roma Statüsü'nün 7. (2) (i) Maddesine göre, "kişilerin zorla kaybedilmeleri", "bir devlet veya siyasi bir örgüt tarafından ya da onların yetkisi, desteği ve bilgisi dahilinde kişilerin gözaltına alınması, tutuklanması veya kaçırılmasını takiben, bu kişilerin uzunca bir süre, kanun korumasından uzak tutulması amacıyla nerede oldukları ve akıbetleri hakkında bilgi vermeyi reddetme ve bu kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları bilgisinin inkarı anlamına gelir."⁴⁸

IACFDP ve ICPED tarafından yapılan tanımlar, zorla kaybetmelerin ayırt edici iki özelliği olan kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma ve akabinde kişinin akıbeti ve nerede olduğuyla ilgili bilgiyi gizleme açısından Roma Statüsü'nde yapılan tanım ile örtüşse de, iki açıdan farklılık göstermektedir. Roma Statüsü'ne iki unsur ilave edilmiştir. Birincisi manevi bir unsur ("kişiyi hukukun koruması dışına çıkarma kastı"), ikincisi ise zamansal bir unsurdur ("uzun bir süre boyunca").

⁴⁶ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 170.

⁴⁷ Ayrıca bkz.: 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136, para. 97; ve 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 113.

⁴⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü (Rome Statute of the International Criminal Court), Madde 7.

Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan ve Roma Statüsü'nün kaidelerini oluŐturun *İnsanlığın Barış ve Güvenliği aleyhine Suçlar hakkındaki Sözleşme Taslağı*'nda mevcut olmayan bu iki unsurun ilave edilmesi, esasen Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri tarafından, bu iki kriterin zorla kaybetme suçunu tecrit ve diğer keyfi gözaltı biçimleri gibi zorla kaybetme kapsamına girmeyen başka özgürlükten mahrum bırakma biçimlerinden ayırt edeceği argümanı ile savunulmuŐtur.

Roma Statüsü'nde kişiyi hukukun koruması dışında bırakma hususu hem IACFPD'de hem de ICPE'de olduğundan farklı düzenlenmiştir. Her iki Sözleşmede de bu husus, suçun maddi bir unsuru veya sonucu olarak ele alınmaktadır.⁴⁹ Roma Statüsü'nde ise, manevi veya kasti unsur (veya özel bir kasıt unsuru) ile ele alınmaktadır.⁵⁰ Bu durum kesinlikle suçun tanımını çetrefilleŐtirmekte ve ilave olarak kanıt yükümlülüğü getirmektedir. Sadece genel kasti kanıtlamak değil, aynı zamanda suçun faillerinin mağduru hukukun koruması dışında bırakmaya ilişkin özel kasıt ile hareket ettiğini kanıtlamak gerekmektedir. Bu da uygulamada çok zordur.

Roma Statüsü'nde yer verilen zamansal unsur ile ilgili olarak belirtilen "uzun bir süre" ibaresi de kesinlikle muğlaktır. "Uzun bir süre" kavramı, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasından yargı veya başka bir yetkili merciine ulaŐana kadar geçmesi gereken süre ile ilişkili olarak düşünölmelidir. Bu süre zarfı, uluslararası standartlarda son tarihleriyle belirlenmiş değildir. Evrensel,⁵¹

⁴⁹ *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme'nin (Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons) II. Maddesi uyarınca*, ("[...] dolayısıyla uygun yasal çözümlere ve usuli güvencelere erişimini engelleyerek") ve *Bütün KiliŐerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance) 2. Maddesi uyarınca*, ("kişinin [...] hukukun koruması dışında kalması").

⁵⁰ Roma Statüsü'nün 7 (2) (i) Maddesi uyarınca, kaybetme suçunun faileri "söz konusu kişileri [kaybedilenleri] hukuki korumanın dışında bırakma kastıyla [...]" hareket ederler.

⁵¹ *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Convention of Civil and Political Rights)*, Md. 9 (3); *Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü (Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention)* İlke 11 (1); ve *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye*

Amerikalılar Arası,⁵² Avrupa⁵³ ve Afrika⁵⁴ insan hakları sistemlerine göre, özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin "hızla" yargı veya başka bir yetkili merciinin huzuruna çıkartılması gerekmektedir. Uluslararası insan hakları kurumlarının içtihatlarında süre açısından tanımlama yaparken kullanılan ibareler ne birbirleriyle aynı ne de tam anlamıyla kesindir.⁵⁵ Roma Statüsü'nde kullanılan formül de hatalı ve talihsizdir; bu açıdan zorla kaybetme suçuna karşı koruma eőliğini düşürmeye yönelik olarak doğrudan etki edebilir.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu, *İnsanlığın Barış ve Güvenliği aleyhine Suçlar hakkındaki Sözleşme Taslağı*'nı hazırlarken, zorla kaybetme fiilini insanlığa karşı işlenen suçlar kapsamına almıştır.⁵⁶ Komisyon zorla kaybetme tanımı yapmamış olsa da, "[Sözleşme Taslağı kapsamına alınan] 'kişilerin zorla kaybedilmesi' kavramının, Bildirge [DED] ve Sözleşme [IACFDP] tarafından ele alınan bir suç davranışı biçimine atıfta bulunmak için özel bir teknik terim olarak kullanıldığını"⁵⁷ belirtmiştir. Diğer bir

Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance), Md. 10 (1).

⁵² *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (American Convention on Human Rights) 7. (5). Maddesi ve Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme'nin (Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons), 11. Maddesi.*

⁵³ *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (European Convention on Human Rights), Madde 5 (3).*

⁵⁴ *Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun Başvurma ve Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararı (Resolution on the Right to Recourse and Fair Trial of the African Commission on Human and Peoples' Rights.), Md. 2 (C).*

⁵⁵ Bu bağlamda bkz., örn., Uluslararası Hukukçular Komisyonu, Ceza Davalarına Yönelik Duruşma Gözleme Kılavuzu – Uygulayıcı Rehberi No. 5, (International Commission of Jurists, *Trial Observation Manual for Criminal Proceedings –A Practitioner's Guide No. 5*), Ed. ICJ, Cenevre, 2009, Bölüm V (7) s. 65, ve Uluslararası Af Örgütü, Adil Yargılama Kılavuzu, (Amnesty International, *Fair Trial Manual*), 2. Baskı Amnesty International Publications, AI Index: POL 30/002/2014, bölüm 5.1.2 s. 59.

⁵⁶ *İnsanlığın Barış ve Güvenliği aleyhine Suçlar hakkındaki Sözleşme Taslağı (Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind)*, md. 18 (i), Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun kırk sekizinci oturumunun faaliyetlerine dair Raporunda (Report of the International Law Commission on the work of its forty- eighth session) – 6 Mayıs-26 Temmuz 1996, UN Doc. A/51/10, s. 101.

⁵⁷ *A.g.e.*, Md. 18 ile ilgili Yorum, para. 15.

deyişle, Uluslararası Hukuk Komisyonu, Roma Statüsü'nde yer verilen manevi ve zamansal unsurları buraya dahil etmemiştir.

Roma Statüsü'nde yapılan tanım ICPEĞ'nin hazırlık çalışmaları sırasında eleştirilere maruz kalmıştır. Bağımsız Uzman Manfred Nowak, Roma Statüsü'nün "zorla kaybetmeleri gerçekten istisnai koşullarda uygulanabilecek çok dar bir kapsamda tanımladığı grlmektedir. Herhangi bir sivil halka yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen fiilleri kapsayan insanlığa karşı suçlara ilişkin genel ykmllk haricinde, failler ancak savcı onların 'mağdurları uzun bir süre hukukun korumasından mahrum bırakmak kastıyla' hareket ettiklerine karar verirse hüküm giyebilecekler. Bu tanım gereği manevi bir unsur olup, uygulamada kanıtlanması zor olacaktır. Failler genellikle kişiyi sorgulamak, korkutmak, işkence etmek veya derhal ama gizlice öldürmek amacıyla gizli bir yere götürmek için arkalarında iz bırakmaksızın sadece kaçırmaya niyet eder. Faillerin birçoğu sıklıkla kaçırılma kısmına iştirak etmekte; ancak mağdurun akibetinin nihai olarak ne olacağı tüm faillerce bilinmemektedir. Her halükarda, eğer ceza hukuku etkili bir caydırma mekanizması sunacaksa iç hukukta zorla kaybetme tanımı, sonraki bir uluslararası belgenin de gerektirdiği üzere, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Statü'dekinden daha geniş olmalıdır"⁵⁸ demiştir.

Bu değerlendirmeler dikkate alınarak, ICPEĞ'i hazırlamakla görevli Birleşmiş Milletler Hükümetlerarası alıŐma Grubu zorla kaybetme

⁵⁸ 2001/46 sayılı Komisyon kararının 11. Paragrafı doğrultusunda, kişilerin zorla veya irade diŐı kaybedilmeden korunmasına yönelik cezai hususlar ve insan hakları bağlamında mevcut uluslararası çerçeveyi incelemekle görevli bağımsız uzman Manfred Nowak tarafından sunulan rapor, (Report submitted by Mr. Manfred Nowak, independent expert charged with examining the existing international criminal and human rights framework for the protection of persons from enforced or involuntary disappearances, pursuant to paragraph 11 of Commission resolution 2001/46), UN Doc. E/CN.4/2002/71, 8 Ocak 2002, para. 74. Bu bağlamda, Uluslararası Hukuklar Komisyonu'nun eleŐtirisine bkz., "Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme Taslağı" ("The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance"), Uluslararası Hukuklar Komisyonu (International Commission of Jurists), İnceleme (*The Review*), No. 62 – 63, Cenevre, Temmuz 2001.

suçunu tanımlarken Roma Statüsü'nde yer verilen bu iki unsuru muhafaza etmemiştir.

Roma Statüsü'nün 7. (2) (i) Maddesinin talihsiz lafzı, resmi olarak ilan edilen "cezasızlığa son verme"⁵⁹ amacının tersi yönünde etki etme olasılığına yol açmış ve zorla kaybetme suçuna karşı koruma eşiğinin düşmesine doğrudan etki etmiştir. Bu bağlamda, WGEID, "ulusal mercilerin Roma Statüsü'nde yer verilen zorla kaybetme tanımını Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 2. Maddesinde yer verilen daha yeterli tanım doğrultusunda yorumlamalarını"⁶⁰ tavsiye etmiştir.

Bununla beraber, Roma Statüsü'nde yer verilen zorla kaybetme tanımının yalnızca Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde bağlayıcı olduğu belirtilmelidir. Ayrıca, Roma Statüsü'nün 10. Maddesi uyarınca, "Bu bölümdeki hiçbir hüküm, bu Statü dışındaki amaçlar için, mevcut veya gelişmekte olan uluslararası hukuk kurallarını hiçbir surette sınırlayıcı veya zayıflatıcı şekilde yorumlanmayacaktır [...]". Yine 22 (3). Maddesine göre, "Bu hüküm, uluslararası hukuk kapsamında herhangi bir eylemin bu Statü'den bağımsız şekilde suç olarak nitelendirilmesini etkilemeyecektir".

Dolayısıyla, IACFPD ve/veya ICPED'ye taraf devletler, her iki sözleşmede de tanımlandığı şekilde, zorla kaybetme suçunu ortadan kaldırmakla yasal olarak yükümlüdür. Zorla kaybetmenin uluslararası teamül hukukunda da suç teşkil ettiği unutulmamalıdır.⁶¹ Bu doğrultuda, her devlet, zorla kaybetme

⁵⁹ *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'nün Girişi*, Para. 5 (Preamble of the Rome Statute of the International Criminal Court).

⁶⁰ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu – Ek: Ulusal ceza mevzuatlarında zorla kaybetme konusunda en iyi uygulamalar (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances - Addendum: Best practices on enforced disappearances in domestic criminal legislation*, UN Doc. A/HRC/16/48/Add.3, 28 Aralık 2010, para. 15.

⁶¹ Ayrıca bkz.: O. de Frouville, "Les disparitions forcées", H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, *Droit international pénal*, CEDIN - Paris X, Editions A Pedone, Paris 2000, s. 377 ve takip eden sayfalar.; Brian Finucane, "Uluslararası Hukuk Kapsamında Suç Olarak Zorla Kaybetme: Savaş Hukukunda İhmal Edilen Bir Kaynak ("Enforced Disappearance as a Crime Under International Law: A Neglected Origin in the Laws of War")", *Yale Uluslararası Hukuk Dergisi (Yale Journal of International Law)*, No. 35, 2010, s. 186 ve ss; Kai Ambos, *Impunidad y derecho penal internacional*, Ed. Ad Hoc,

suçunu ortadan kaldırmak zorundadır; zira Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından defaatle belirtildiği üzere hem zorla kaybetme suçunu soruşturmak hem de failleri ve diğer iştirakçileri yargılayıp cezalandırmak uluslararası hukuk kapsamında bağlayıcıdır (*jus cogens*).⁶²

d. Ulusal içtihat

Zorla kaybetme vakaları aynı zamanda ulusal mahkemeler tarafından da ele alınmıştır. Ulusal ceza hukuku altında zorla kaybetmenin suç teşkil edip etmediğine bakmaksızın,⁶³ ulusal mahkemeler ve diğer merciiler söz konusu fiilin asli unsurlarını ağırlıklı olarak içtihat hukuku ve uluslararası belgelere dayanarak belirlemiş ve tanımlamıştır.

Peru Anayasa Mahkemesi'ne göre, zorla kaybetmeler, "zalimane, vahşi fiillerdir, [...] ciddi insan hakları ihlali anlamına gelirler; dolayısıyla cezasız bırakılmamalıdır. Diğer bir deyişle, insan hakkı ihlali teşkil eden fiilin failleri ve suç ortakları, fiillerinin yasal sonuçlarından kaçamamalıdır."⁶⁴ IACFPD yürürlüğe girmeden ve bu suç Ceza Kanununda tanımlanmadan önce meydana gelen özel bir vakada, Mahkeme, zorla kaybetmenin, kişinin özgürlüğünden

2 edición, Buenos Aires, 1999, s. 113 ve takip eden sayfalar.; Antonio Cassese, *Uluslararası Ceza Hukuku (International Criminal Law)*, Oxford/New York/Auckland, 2008, 2. baskı, s. 12 ve devamı; ve *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Ediciones APDH, Buenos Aires 1988.

⁶² Ayrıca bkz.: 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru Davası*, Seri C, No. 162, para. 157; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 59; 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 112; 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú ve Diğerleri/Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 84; 25 Mayıs 2010 tarihli karar, *Chitay Nech ve Diğerleri/Guatemala Davası*, Seri C No. 212, para. 86; 1 Eylül 2010 tarihli karar, *Ibsen Cárdenas ve Ibsen Peña/Bolivya Davası*, Seri C No. 217, para. 61; 24 Şubat 2011 tarihli karar, *Gelman/Uruguay Davası*, Seri C No. 221, para. 75; ve 24 Kasım 2010 tarihli karar, *Gomes Lund ve Diğerleri (Guerrilha do Araguaia)/Brezilya Davası*, Seri C No. 219, para. 105.

⁶³ Zorla kaybetmenin ceza hukuku kapsamında suç olarak tanımlanmadığı bazı ülkelerde, mahkemeler, uluslararası standartlar ve içtihatlara dayanarak zorla kaybetmenin kurucu unsurlarını anmak suretiyle, zorla kaybetmeleri cezalandırmak için insan kaçırma ve/veya nitelikli insan kaçırma suçlarına başvurmuştur.

⁶⁴ Peru Anayasa Mahkemesi, 18 Mart 2004 tarihli karar, Exp. No. 2488- 2002-HC/TC, Piura, *Genaro Villegas Namuche Davası*.

yoksun bırakılması ve "hemen akabinde alıkonduğunun reddedilmesi veya kişinin nerede olduğu ile ilgili bilgi verilmemesi"⁶⁵ ile ayırt edilen "suç teşkil eden bir fiil" olduğunu belirtmiştir.

Peru Yüksek Adalet Divanı'na göre ise, "Kişilerin zorla kaybedilmesi suçunun belirleyici nitelikleri arasında karmaşık bir yapı ve işleme biçimi (*modus operandi*) vardır. Suç oluşturan davranışa, yasama organımızın kısıtlayıcı yaklaşımı çerçevesinde, devlet aktörleri eliyle maruz bırakılan kişinin yalnızca özgürlüğünden yoksun kılınmasını değil, aynı zamanda söz konusu tutuklamanın sistematik biçimde gizlenmesi suretiyle mağdurun yerinin meçhul kalmasını da içerir. Bu sebeple sürmekte olan ve sonuç olarak meydana gelen, esas itibarıyla özel bir suç olarak nitelendirilmesi mümkündür. Burada, mağdurun nerede olduğu bilgisinin verilmesi reddedilerek akıbeti belirsizlik içerisinde tutulur; böylece kayıp kişi hem hukukun koruması dışına çıkarılır hem de yargı koruması olanağından mahrum bırakılır."⁶⁶

Peru Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu, "kişilerin zorla kaybedilmesini, bir veya birden fazla kişinin, devlet yetkilileri veya devlet yetkililerinin yetkisi, desteği veya göz yumması ile başka kişilerin yanı sıra şahıslar ve yıkıcı örgüt üyeleri tarafından kaybedilmesi ve özgürlüklerinden yoksun bırakılması olarak anlamaktadır. Bu fiil sonrası bilgi verilmemekte, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı kabul edilmemekte veya nerede olduğu bildirilmemektedir. Ortada herhangi bir bilgi olmaması veya bilgi verilmesinin reddedilmesi, hukuki yollara ve uygun yargı mekanizmalarına başvurulmasını engellemektedir. Nerede oldukları bilinmeyen mağdurlar, cezazeleri bulunanlar ve tekrar özgürlüğüne kavuşanlar bu tanıma dahildir."⁶⁷

Arjantin'de Başsavcılık, söz konusu insan hakları ihlalinin uluslararası metin ve içtihatlarda kabul edilen unsurları kullanarak tanımlamıştır. Başsavcının sözleriyle, "[...] bir veya birden fazla kişinin, her ne şekilde olursa olsun, devlet yetkilileri veya devletin yetkisi, desteği veya göz yumması ile hareket eden kişiler veya

⁶⁵ A.g.e.

⁶⁶ RN N1598-2007 sayılı Yüksek Adalet Divanı kararı.

⁶⁷ Ulusal Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu, Nihai Raporu (National Truth and Reconciliation Commission, *Final Report*), Lima, 2003, s. 58.

gruplar tarafından özgürlüklerinden mahrum bırakılması, hemen akabinde konu ile ilgili hiçbir bilgi verilmemesi ve kişinin/kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakıldığıının kabul edilmemesi ve nerede olduğuna/olduklarına dair bilgi verilmemesidir.”⁶⁸ Yüksek Mahkeme de bu tanımı kabul etmiştir.

Şili’de Yüksek Mahkeme, zorla kaybetmenin, *jus cogens* ihlali teşkil ettiği yönünde karar vermiştir.⁶⁹ Santiago Temyiz Mahkemesi DED ve IACFDP’ye dayanarak zorla kaybetmeyi, “uzun bir süre, insanın doğuştan gelen ve sınırlandırılmayan onuruna karşı ciddi bir suç teşkil eden en korkunç insan hakları ihlallerinden biri”⁷⁰ olarak tanımlamıştır. Santiago Temyiz Mahkemesi zorla kaybetme vakalarını insan kaçırma suçu altında cezalandırmış ve zorla kaybetme suçunun ayırt edici unsurlarını belirlemek için IACFDP’de yer verilen tanıma atıfta bulunmuştur.⁷¹

Kosta Rika Yüksek Mahkemesi zorla kaybetmeyi, “insanın doğuştan sahip olduğu onuruna karşı ciddi bir suç ve Amerikan Devletleri Örgütü Şartı’nda teminat altına alınan ilkelere ve amaçlara aykırı”⁷² olarak tanımlamıştır. Mahkeme, zorla kaybetme suçunun IACFDP tarafından kabul edilen tanımının ve asli unsurlarının Kosta Rika tarafından kabul edilecek suç tanımının temelini oluşturması gerektiği sonucuna varmıştır.

⁶⁸ Arjantin Ulusal Yüksek Mahkemesi, Başsavcı Nicolás Becerra tarafından verilen karar, Dava S. 1767. XXXVIII “*Simón, Julio ve diğerlerinin haksız tutuklanmaları*– Dava No. 17768–”, 14 Haziran 2005 tarihli karar.

⁶⁹ 25 Mayıs 2009 tarihli karar, Rol N 696-08, *Pollaco Gallardo ve Diğerlerine Karşı Dava*.

⁷⁰ 5 Ocak 2004 tarihli karar, Rol No. 11.821-2003, *Fernando Laureani Maturana ve Miguel Krassnoff Marchenko tarafından getirilen temyiz davaları*.

⁷¹ Ayrıca bkz.: Santiago Temyiz Mahkemesi: 4 Ağustos 2008 tarihli karar, Rol No. 2.182- 98, *episodio denominado “Miguel Heredia Vásquez” (“Tejas Seedeş”)*; 27 Mayıs 2010 tarihli karar, Rol No. 2.182-98, *Episodio “José Flores Araya ve Rodolfo González Pérez”*; 13 Temmuz 12 tarihli karar, Rol No. 2182-98 “*Villa Grimaldi”*, *Episodio “Carlos Guerrero Gutiérrez” - Suç: Nitelikli İnsan Kaçırma*; ve 27 Temmuz 12 tarihli karar, Rol No. 2.182-98, “*Villa Grimaldi”*, *episodio “Claudio Enrique Contreras Hernández” - Suç: Nitelikli İnsan Kaçırma*.

⁷² Yüksek Adalet Divanı, Anayasa Dairesi, 12 Ocak 1996 tarihli karar, Exp. 6543-S-95 Voto N.0230-96.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi'ne göre, "temel haklar ve anayasal değerlere kişilerin zorla kaybedilmesinden daha fazla zarar verebilecek bir davranış bulmak m¼mk¼n değildir. Yalnızca mağdurun değil ailesinin de, insan onuru, bireysel ¼zerklik, kişinin fiziksel b¼t¼nl¼ę¼ ve kişiliğin serbest gelişimi de dahil olmak üzere hukuki menfaatlerini etkilemektedir." ⁷³ Başka bir kararda, Mahkeme, "insancıl prensiplerden gelen ve ¼oę¼nl¼kle *jus cogens* niteliğine sahip olan temel teminatlar esas olarak Őunlardan oluşmaktadır: [...] (xi) zorla kaybetmelerin yasaklanması."⁷⁴ Benzer Şekilde, Mahkeme, "[IACFPD'nin] 2. Maddesinde yer verilen tanımın taraf devletler tarafından muhafaza edilmesi gereken bir asgari standart belirlediğini, bunun da kendi i¼ hukuk sistemlerinde kabul ettikleri daha kapsamlı tanımlara tabii olduğunu"⁷⁵ belirtmiştir. Mahkeme, ICPEP tarafından yapılan tanım ile ilgili de yine benzer bir karar vermiştir.⁷⁶

El Salvador'da, Y¼ksek Adalet Divanı, zorla kaybetmeleri, "genellikle hi¼bir hukuki, idari vb. karar veya sebep olmaksızın, devlet yetkilileri veya devlet yetkililerinin onayı ile hareket eden kişiler veya gruplar tarafından kişilerin her ne bi¼imde olursa olsun keyfi olarak ¼zg¼rl¼ę¼nden yoksun bırakılması; hemen akabinde ¼zg¼rl¼ę¼nden yoksun bırakılan kişinin nerede olduğunun gizli tutulması ve faillerin su¼tan sorumlu kişileri cezalandırmakla y¼k¼ml¼ mercilerin huzuruna ¼ıkarılmasını engellemek amacıyla sorumlu olmakla su¼lanan veya bilgi vermekle y¼k¼ml¼ kişiler tarafından kişinin nerede olduğu ile ilgili yanlış bilgi verilmesi ya da hi¼bir bilgi verilmemesi"⁷⁷ olarak tanımlamıştır.

Venezuela'da, Y¼ksek Adalet Divanı Anayasa Dairesi, zorla kaybetmeyi, "kişinin, farklı kurum ve kademelerde g¼rev yapan devlet yetkilileri, devlet adına veya devletin doğrudan ya da dolaylı

⁷³ C-400/03 sayılı, 20 Mayıs 2003 tarihli karar, Exp. D-4326, 10. Maddeye ilişkin anayasaya aykırılık davası, *par. 1 ve 2, Ley 589 2000*.

⁷⁴ C-291/07 sayılı, 25 Nisan 2007 tarihli karar, Exp. D-6476, 2000 tarihli 599 sayılı Kanun'un 135., 156. ve 157. (kısmi) Maddelerine ve 1999 tarihli 522 sayılı Kanun'un 174, 175, 178. ve 179. Maddelerine ilişkin anayasaya aykırılık davası.

⁷⁵ C-580/02 sayılı, 3 Temmuz 2002 tarihli karar, Exp. L.A.T.-218.

⁷⁶ C-620/11 sayılı, 18 Ağustos 2011 tarihli karar, Exp. LAT-363.

⁷⁷ Y¼ksek Adalet Divanı, Anayasa Dairesi, 20 Mart 2002 tarihli karar, Exp. No. 379-2000.

desteği, yetkisi veya göz yumması ile hareket eden organize gruplar veya kişiler tarafından iradesi dışında tutuklanması, alıkonması veya kaçırılması ya da her ne şekilde olursa olsun özgürlüğünden yoksun bırakılması, akabinde kişinin akıbeti veya nerede olduğu ile ilgili bilgi verilmemesi veya özgürlüğünden yoksun bırakıldığının kabul edilmemesi dolayısıyla kişinin hukukun koruması dışında bırakılması⁷⁸ olarak tanımlamıştır.

3. Zorla Kaybetmenin Nitelendirilmesi

a. Ağır ve çoklu insan hakkı ihlalleri

Uluslararası hukuk kapsamında zorla kaybetme, en ağır temel insan hakları ihlallerinden biri, "insan onuruna hakaret"⁷⁹ ve "insanın doğuştan sahip olduğu onuruna yönelen ağır ve menfur bir suç"⁸⁰ olarak değerlendirilmektedir.

Uluslararası belgeler, açık olarak her koşulda zorla kaybetme uygulamasını yasaklamaktadır.⁸¹ Dolayısıyla, ICPEĞ tarafından öngörüldüğü üzere, "fiili savaş durumu, savaş tehdidi, ülke içinde siyasal istikrarsızlık veya başka herhangi bir olağanüstü hal durumu dahil olmak üzere, hangi istisnai koşullar söz konusu olursa olsun, bunlar zorla kaybetme olayları için gerekçe olarak ileri sürülemez."⁸² Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin (International Committee of the Red Cross - ICRC) de zorla kaybetme uygulamasına ilişkin mutlak yasağın hem uluslararası silahlı çatışmalarda hem de iç silahlı çatışmalarda uygulanan Uluslararası

⁷⁸ 10 Ağustos 2007 tarihli karar, Exp. No. 06-1656, *İnceleme için Başvuru - Marco Antonio Monasterios Pérez - Casimiro José Yánez*, Raportör Hakim: Carmen Zuleta de Merchán.

⁷⁹ *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)*, Md. 1.

⁸⁰ *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme (Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons)*, Giriş, Para. 3.

⁸¹ *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (Md. 2, 6 ve 7), *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme (Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons)* (Md. I.a, VIII ve X) ve *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)* (Md. 1.2, 6.2 ve 23.2).*

⁸² Madde 1.2.

Teamül Hukuku kuralı olduğu sonucuna vardığının altını çizmek gerekmektedir.⁸³

“Hem Ortak 3. Maddede hem de Ek Protokol II’nin 4.2. Maddesinde, bir kişinin kaybedilmesine yol açan fiilleri yasaklayan açık normlar bulunmaktadır. Ortak 3. Maddede yaşama ve kişiye yönelik tehditler, özellikle her türlü öldürme, sakatlama, kötü muamele ve işkence yasaklanmıştır. Kişiyi yasa ve düzenin teminatlarından mahrum bırakmak veya kişinin kaybedilmesi ile sonuçlanacak kasti eylemler yapmak, devletin cezalandırması gereken ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri oluşturur.” Peru Anayasa Mahkemesi⁸⁴

ICPED, mutlak ve sınırlandırılmayacak şekilde “zorla kaybedilemeye maruz kalmama”⁸⁵ hakkını tesis etmiş olsa da bu uygulama hiçbir zaman sınırlandırılmaz nitelikte olan çok sayıda insan hakkını ihlal etmektedir. Bu bağlamda IACFPD’de, “kişilerin zorla kaybedilmesinin, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerika İnsan Hak ve Ödevleri Bildirisi ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde teminat altına alınan çok sayıda sınırlandırılmayan ve temel insan hakkını ihlal etmekte”⁸⁶ olduğu vurgulanmaktadır.

Uluslararası içtihat ve doktrinde, zorla kaybetmenin başlı başına kişi güvenliği, kanunların korumasından yararlanma, keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmama, kanun önünde kişi olarak var olma, işkence veya diğer zalimane, insanlık dışı veya küçültücü muameleye maruz kalmama haklarını ihlal ettiği gibi, yaşam hakkına da ciddi bir tehdit oluşturduğuna defaatle dikkat çekilmiştir. Birden fazla insan hakkının ihlali DED’nin 1 (2). Maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Bu bağlamda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, “zorla kaybetmenin yapısı gereği, mağdur daha savunmasız bir konumdadır. Bu da yaşam hakkı da

⁸³ Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, *Örfi Uluslararası İnsancıl Hukuk Cilt No. 1 Kurallar (Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules)*, Ed. ICRC, Buenos Aires, 2007. Kural 98, s. 340.

⁸⁴ Peru Anayasa Mahkemesi, Birinci Dairesi, 9 Aralık 2004 tarihli karar, Exp. No. 2798-04-HC/TC, Lima, *Gabriel Orlando Seea Navarrete Davası*.

⁸⁵ Madde 1.

⁸⁶ Giriş, par. 4.

dahil birden fazla hakkın ihlal edilmesi ihtimaline neden olur”⁸⁷ ifadesinde bulunmuştur.

Zorla kaybetme fiilinin bünyesinde birden fazla suç barındırdığı erken bir tarihte Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tanınmıştır. Bu bağlamda, Mahkeme, “kişilerin zorla kaybedilmesi, Sözleşme’de teminat altına alınan birden fazla hakkın sürekli ve çoklu ihlali ile ayırt edilen ayrı bir olgudur. Yalnızca keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakmak anlamına gelmez, ayrıca alıkonan kişinin fiziksel bütünlük ve güvenlik hakkının ihlali, yaşamına yönelik bir tehdit ve kişiyi tamamen savunmasız bırakan bir eylemdir ve diğer ilişkili suçları da bünyesinde barındırır”⁸⁸ demiştir. *Velásquez Rodríguez/Honduras* kararında, Mahkeme’ye göre, “kişilerin zorla kaybedilmesi, taraf devletlerin uymak ve teminat altına almakla yükümlü olduğu Sözleşme’deki birçok hakkın çoklu ve sürekli olarak ihlal edilmesi demektir. Bir kişinin kaçırılması, özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakılması, gözaltına alınan kişinin hızla yargı önüne çıkarılma ve gözaltı işleminin hukuki olup olmadığını incelemek için gerekli yollara başvurma hakkının ihlal edilmesi demektir. Bunların her biri [Amerika] Sözleşmesi’nin kişi özgürlüğü hakkını tanıyan 7. Maddesini ihlal etmektedir [...]”⁸⁹

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi defalarca, zorla kaybetme ile sonuçlanan insan hakları ihlallerinin çoklu yapısına dikkat çekmiştir.⁹⁰ Mahkeme, “zorla kaybetmeyi, karmaşık bir insan hakları ihlali biçimi olarak bütünsel bir şekilde ele almak ihtiyacının

⁸⁷ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 169. Ayrıca bkz.: 27 Şubat 2012 tarihli karar, *Narciso González Medina ve Ailesi/Dominik Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 240, para. 185.

⁸⁸ 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136, Para. 92.

⁸⁹ *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Doc. Cit., para. 155.

⁹⁰ Ayrıca bkz.: 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru*, Seri C No. 136, para. 92; 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 170; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 90-91; 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú ve Diğerleri/Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 81; 4 Eylül 2012 tarihli karar, *Río Negro Katliamları/Guatemala Davası*, Seri C No. 250, para. 118; 24 Şubat 2001 tarihli karar, *Gelman/Uruguay Davası*, Seri C No. 221, para 74; ve 24 Kasım 2010 tarihli karar, *Gomes Lund ve Diğerleri (“guerrilha do Araguaia”)/Brezilya Davası*, Seri C No. 219, para 104.

Mahkeme'yi [Amerika] Sözleşme'nin 4, 5 ve 7. Maddelerini 1 (1). Maddesi ışığında ele almaya sevk etmiştir [...]"⁹¹ demiştir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere, "[...] Mahkeme, kişilerin zorla kaybedilmesi ile ilgili davalarda, zorla kaybetmenin Amerika Sözleşmesi tarafından teminat altına alınan birden fazla hakkın çoklu ve sürekli ihlaline neden olan kanuna aykırı bir fiil olduğunu ve mağduru tamamen savunmasız bir durumda bırakarak diğer ilişkili suçlara da meydan verdiğini defalarca tekrarlamıştır."⁹² Ayrıca, Mahkeme, "zorla kaybetme davalarında bu menfur insan hakları ihlalinin, karmaşık ve çoklu yapısından dolayı, bilhassa kişi olarak kanun önünde var olma hakkını ihlal ettiğine; çünkü kişinin özgürlüğünden mahrum bırakıldığının kabul edilmemesi veya nerede olduğu ile ilgili bilgi verilmemesinin, kaybetmenin diğer unsurlarıyla birlikte 'hukuki koruma dışında bırakma' veya kişisel ve yasal güvenlik hakkının ihlali anlamına geldiğine ve bunun da ilgili kişinin kanun önünde kişi olarak tanınmasını doğrudan engellediğine"⁹³ hükmetmiştir.

"Birçok açıdan karmaşık bir şekilde birbiriyle ilişkili parçalardan oluşan zorla kaybetme mefhumunu otonom ve kesintisiz veya sürekli bir suç olarak bütünüyle değerlendirme ihtiyacı, yalnızca IACFDP'nin III. Maddesi'nde yer alan tipik tanımdan, bu metin için yapılan hazırlık çalışmaları, metnin girişi ve bir dizi kuralından değil, ayrıca farklı uluslararası metinlerde yer verilen farklı tanımlardan da anlaşılabilir [...]"

⁹¹ *Goiburú ve Diğerleri/Paraguay Davası*, Doc. Cit., para. 81.

⁹² *A.g.e.*, Para. 82. Ayrıca kararın Para. 84'üne bkz: "Mahkeme, yukarıda bahsi geçen Amerikalılar Arası Sözleşme'nin Giriş kısmından anlaşılacağı üzere, bu tür suçların ağırlığı ve zedelenen hakların doğasına bakarak, zorla kaybetme yasağının ve sorumluların soruşturulması ve cezalandırılması yükümlülüğünün üstün hukuk (*ius cogens*) niteliği kazanmış olduğu sonucuna varmıştır." Ayrıca bkz.: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (Inter-American Court of Human Rights): *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Doc. Cit., para. 155; *Godínez Cruz/Honduras Davası*, Doc. Cit., para. 163; 15 Mart 1989 tarihli karar, *Fairén Garbí ve Solís Corrales/Honduras Davası*, Seri C No. 6, para. 147; ve 24 Ocak 1998 tarihli karar, *Blake/Guatemala Davası*, Seri C No. 36, para. 65.

⁹³ 29 Kasım 2012 tarihli karar, *García ve Aile Fertleri/Guatemala Davası*, Seri C No. 258, para. 108; 20 Kasım 2012 tarihli karar, *Gudiel Álvarez ve Diğerleri ("Diario Militar")/Guatemala Davası*, Seri C No. 253, para. 208. Ayrıca bkz.: 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 170 ve 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 91 -101.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁹⁴

Özetle, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, zorla kaybetmeyi, kişinin özgürlük, bütünlük, yaşam ve kanun önünde kişi olarak tanınma haklarının ihlali olarak tanımlamıştır.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'na göre, zorla kaybetme, birden fazla normu ihlal eden "sapkın bir olgu" ve "temel hakların alenen ihlal edilmesidir."⁹⁵ Komisyon, zorla kaybetmeyi "[...] kişiyi yalnızca keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakmakla kalmayan, aynı zamanda kişi bütünlüğü, güvenliği ve yaşamına çok ciddi bir tehdit teşkil eden zalimane ve insanlık dışı"⁹⁶ bir uygulama olarak tanımlamıştır. Komisyon bunun "uluslararası metinlerde teminat altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Maddesi); keyfi olarak tutuklanmama hakkı (aynı); adil yargılanma hakkı (Sözleşme'nin 8. Maddesi ve diğer ilgili Maddeleri); gözaltında insanca muamele görme ve işkence, zalimane, insanlık dışı veya küçültücü muameleye maruz kalmama hakkı (5. Madde) ve genel itibariyle yaşam hakkı (4. Madde) [...] gibi temel hak ve özgürlüklerin aleni bir şekilde ihlal edilmesi"⁹⁷ anlamına geldiğini belirtmiştir. Komisyon'a göre, "zorla veya irade dışı kaybetmeler, Sözleşme'de teminat altına alınan birden fazla hakkın çoklu ve sürekli ihlali anlamına gelmektedir; zira bu uygulama yalnızca kişiyi keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakmakla kalmamakta, aynı zamanda alıkonan kişinin insanca muamele görme hakkını, güvenliğini ve yaşamını da tehlikeye sokmaktadır."⁹⁸

⁹⁴ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, Para. 60.

⁹⁵ *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Yıllık Raporu (Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights), 1986-1987*, Doc. Cit., Bölüm V, "II. Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme" ("II. Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons).

⁹⁶ A.g.e.

⁹⁷ A.g.e.

⁹⁸ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nde (Inter-American Court of Human Rights) alıntılanmış, 31 Ocak 2006 tarihli karar, *Pueblo Bello Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 140, para. 97(c). Bu bağlamda, bkz. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu: Rapor No. 91/06 (Inter-American Commission on Human Rights: Report No. 91/06), 21 Nisan 2006, Dilekçe 12.343, *Edgar Fernando García/Guatemala Davası*, para. 33; Rapor No. 82/03, 22 Ekim 2003, Dilekçe 12.330,

İnsan Hakları Komitesi defalarca zorla kaybetmenin çoklu ihlal barındıran yapısına dikkat çekmiştir. Komite, kararlarında, "zorla kaybetme fiilinin, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (9. Madde), işkenceye veya zalimane, insanlık dışı ve küçültücü muamele veya cezaya maruz kalmama hakkı (7. Madde) ve özgürlüğünden yoksun bırakılan her bireyin insanca ve doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna saygıyla muamele görmesi hakkı (10. Madde) dahil olmak üzere Sözleşme'de teminat altına alınan birden çok hakkı ihlal ettiğini"⁹⁹ vurgulamıştır.

"Zorla kaybetme vakalarında, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının akabinde alıkonduğunun kabul edilmemesi veya akıbetinin gizlenmesi, alıkonan kişiyi hukuki korumanın dışında bırakır ve devletin korumaktan sorumlu olduğu yaşamını ciddi ve sürekli bir şekilde tehlikeye atar."

İnsan Hakları Komitesi¹⁰⁰

Benzer şekilde, Komite, birkaç kez, kişilerin zorla kaybedilmesinin, "Sözleşme [ICCPR] kapsamındaki haklarının, özellikle 7. Maddenin [işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ve küçültücü muamelenin yasaklanması] ihlal edilmesi anlamına geldiği"¹⁰¹ sonucuna varmıştır. Komite, "dış dünya ile hiçbir bağlantı olmaksızın süresiz olarak tutulmanın neden olduğu ıstırapı"¹⁰² kabul etmiştir. Ayrıca,

Marcelino Gómes Paredes ve Cristian Ariel Núñez/Paraguay Davası, para. 28; ve Rapor No. 55/96, 6 Aralık 1996, Dilekçe 8076, *Axel Raúl Lemus García/Guatemala Davası*, para. 24.

⁹⁹ 30 Mart 2006 tarihli görüşler, 992/2001 sayılı Bildirim, *Louisa Bousroual/Cezayir*, para. 9.2; 16 Temmuz 2003 tarihli görüşler, 950/2000 sayılı Bildirim, *Jegatheeswara Sarma/Sri Lanka*, para. 9.3; ve 30 Mart 2006 tarihli görüşler, 1196/2003 sayılı Bildirim, *Boucherf/Cezayir Davası*, para. 9.2.

¹⁰⁰ 19 Temmuz 2013 tarihli görüşler, 1865/2009 sayılı Bildirim, *Mukunda Sedhai/Nepal Davası*, para. 8.2.

¹⁰¹ 2 Kasım 2005 tarihli görüşler, *Norma Yurich/Şili*, 1078/2002 sayılı Bildirim, para. 6.5; 15 Temmuz 1994 tarihli görüşler, 449/1991 sayılı Bildirim, *Rafael Mojica/Dominik Cumhuriyeti*, para. 5.7; 16 Temmuz 2003 tarihli görüşler, 950/2000 sayılı Bildirim, *Jegatheeswara Sarma/Sri Lanka*, para. 9.3; ve 23 Mart 1994 tarihli görüşler, 440/1990 sayılı Bildirim, *El Megreisi/Libya Arap Cemahiriyesi*.

¹⁰² 16 Temmuz 2003 tarihli görüşler, 950/2000 sayılı bildirim, *Jegatheeswara Sarma/Sri Lanka*, Doc. Cit., para. 9.3; 23 Mart 1994 tarihli görüşler, 440/1990 sayılı Bildirim, *El Megreisi/Libya Arap Cemahiriyesi*; 25 Mart 1996 tarihli görüşler, 540/1993 sayılı Bildirim, *Celis Laureano/Peru*, para. 8.5; 24 Temmuz 1994 tarihli görüşler, 458/1991 sayılı Bildirim, *Mukong/Kamerun*, para. 9.4; 30 Mart 2006 tarihli görüşler,

zorla kaybetmenin, kanun önünde kişi olarak tanınma hakkını da ihlal ettiği sonucuna varmıştır.¹⁰³

WGEID, zorla kaybetmenin, kişi özgürlüğü ve güvenliği, keyfi olarak alıkonmama, bağımsız bir mahkeme tarafından adil yargılanma, işkence ve kötü muameleye maruz kalmama, aile hayatına sayĐı ve birçok durumda yaşam haklarını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.¹⁰⁴ WGEID, benzer Şekilde, bir kişiyi kaybetmenin "yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve işkenceye maruz kalmama hakkı gibi bir dizi insan hakkının ihlali"¹⁰⁵ anlamına geldiğini belirtmiştir. WGEID, ayrıca, her insanın kanun önünde kişi olarak tanınma hakkını da ihlal ettiğinin altını çizmiştir.¹⁰⁶ Bununla beraber, WGEID, "fiil kanun önünde kişi olarak tanınma, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve işkenceye veya diğer zalimane, insanlık dışı ve küçültücü muameleye veya cezaya maruz kalmama hakkı dahil olmak üzere birden çok hakkı ihlal ediyor veya yaşam hakkını ihlal ediyor ya da buna ciddi bir tehdit Őekil ediyor olsa da, [...] zorla kaybetme kendine mahsus ve bütünlüklü bir fiildir; birden fazla fiilin bir bileŐimi değildir"¹⁰⁷ demiştir.

992/2001 sayılı Bildirim, *Louisa Bousroual/Cezayir*, para. 9.8; 30 Mart 2006 tarihli görüşler, 1196/2003 sayılı Bildirim, *Boucherf/Cezayir*, para. 9.6; ve 14 Temmuz 2006 tarihli görüşler, 1297/2004 sayılı Bildirim, *Ali Medjnoune/Cezayir*, para. 8.4.

¹⁰³ *İnsan Hakları Komitesi: Sonuç Gözlemleri: Kuveyt, (Human Rights Committee: Concluding Observations: Kuwait)*, CCPR/CO/69/KWT, 27 Temmuz 2000, para. 11 ve *Sonuç Gözlemleri: Cezayir (Concluding Observations: Algeria)*, CCPR/C/79/Add.95, 18 Ağustos 1998, para. 10.

¹⁰⁴ BM Belgeleri (UN Docs) E/CN.4/1435, 13 Mart 1981, para. 185 ve devamı ve E/CN.4/1492, 31 Aralık 1981 Para. 164 ve devamı.

¹⁰⁵ BM Belgesi (UN Doc) E/CN.4/1994/26, 22 Aralık 1993, para. 532. Ayrıca bkz. "Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge'nin 17. Maddesi ile İlgili Yorum" ("Comment on article 17 of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance"), Grup tarafından 2000 yılında kabul edilmiştir. UN Doc. E/CN.4/2001/68, 18 Aralık 2000, Para. 31.

¹⁰⁶ BM Belgeleri UN Docs E/CN.4/1435 13 Mart 1981, para. 185 ve devamı; E/CN.4/1492, 31 Aralık 1981 Para. 164 ve devamı; E/CN.4/1996/38, para. 43; ve "Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge'nin 17. Maddesi ile İlgili Yorum" ("Comment on article 17 of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance"), Doc. Cit., para. 31.

¹⁰⁷ "Sürekli Suç Olarak Zorla Kaybedilme ile ilgili Genel Yorum" ("General Comment on Enforced Disappearance as a Continuous Crime"), *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu* içerisinde (*Report of the Working*

Zorla kaybetmenin ayırt edici unsurlarından biri, uluslararası hukuk belgelerinde de öngöröldüğü üzere, kişiyi hukuki korumanın dışında bırakmasıdır.¹⁰⁸ Deneyimlerle de göröldüğü üzere, zorla kaybetmenin bu özgün yapısı kaybedilen kişinin bütün haklarını askıya alır ve kişiyi tamamen savunmasız bir durumda bırakır. Bu unsur, insanların en temel haklarından ve diğer hak ve özgürlüklerinden yararlanabilmek için bir önkoşul olan kanun önünde kişi olarak tanınma hakkı ile doğrudan ilişkilidir.¹⁰⁹ Manfred Nowak, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme üzerine Yorumunda, kanun önünde kişi olarak tanınma hakkının Sözleşme'nin herhangi bir maddesinin yorumlanma sürecine sistematik olarak dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁰

"Yetkili merciler tarafından alıkonduğu kabul edilmeyen kaybedilenler, mantiken haklarından yararlanamaz ve hiçbir yasal yola başvuramaz."

Alejandro Artucio¹¹¹

Her yerde kanun önünde kişi olarak tanınma hakkı birçok uluslararası hukuk belgesinde açıkça ifade edilmiş¹¹² ve

Group on Enforced or Involuntary Disappearances), UN Doc. A/HRC/16/48, 26 Ocak 2011, para. 39.

¹⁰⁸ Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge'nin Giriş bölümünün 3. Paragrafı, (Paragraphe 3 of the Preamble of the *Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*); *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme (Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons)*, Md. 2; ve *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances)*, Md. 2.

¹⁰⁹ Manfred Nowak, *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin B.M. Sözleşmesi – CCPR Yorumu (U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary)*, N.P. Engel Publisher, Kehl – Strasbourg – Arlington, s. 282.

¹¹⁰ *A.g.e.*, s. 286.

¹¹¹ Alejandro Artucio, "la disparition instrument ou moyen pour d'autres violations des droits de l'homme", *Le Refus de l'oubli*, Doc. Cit., s. 106 (Fransızca orjinalinden mealen çevrilmiştir).

¹¹² Ayrıca bkz.: *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (Universal Declaration of Human Rights)* (Md. 6); *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Covenant on Civil and Political Rights)* (Md. 16); *Amerika İnsan Hak ve Ödevleri Bildirisi (American Declaration of the Rights and Duties of Man)* (Md. XVII); ve *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (American Convention on Human Rights)* (Md. 3).

sınırlanamayan bir hak olarak teminat altına alınmıştır.¹¹³ Kanun önünde kişi olarak tanınma hakkı uluslararası düzeyde içtihat bağlamında çok az gelişme kaydetmiş olsa da, Uluslararası Adalet Divanı söz konusu hakkın aşkın mahiyetini vurgulamıştır.¹¹⁴ Bu husus, hukuk öznesi kavramının merkezinde yer almakta, hem toplum hem de devlet önünde “fiili varlığını” belirlemekte ve bireyin hak ve borçlara ehil olmasını, haklarından yararlanmasını ve “fiil ehliyeti”ne sahip olmasını sağlamaktadır. Hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı bir anlamda haklara sahip olma hakkı anlamına gelmektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin hazırlık çalışmaları (*travaux préparatoires*) bu hakkın kapsamını göstermektedir. Burada bu hakkın, “her insanın hak sahibi olma ve haklarından yararlanma, akdi yükümlülükler alma ve yasal işlemlerde temsil edilme haklarını”¹¹⁵ teminat altına aldığı bildirilir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin kabul edilmesi sırasında yorumculardan biri, bu hakkın “Bildirge’nin müteakip maddelerinde açıkça ifade edilmeyen, kişinin hukuki ehliyeti ile ilgili temel haklarını kapsadığını”¹¹⁶ belirtmiştir. Profesör Richard B. Lillich, bu hakkın “kişinin fiziksel bütünlüğünü koruma altına alan haklar kadar önemli bir hak olarak tasarlandığını”¹¹⁷ bildirmiş, kölelik, esaret ve Nazi ve Apartheid döneminin bazı insan topluluklarını insan statüsünden çıkaran uygulamalarını hatırlatmıştır.

Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’nin hazırlık çalışmaları sırasında hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkının, daha ayrıntılı bir tartışmaya konu olmadığı görülür. Ancak Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu’nun, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi taslağında bu hakkı çok önemli bir “temel insan hakkı” olarak

¹¹³ *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (American Convention on Human Rights)* (Md. 27.2) ve *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Covenant on Civil and Political Rights)* (Md. 4.2).

¹¹⁴ 11 Nisan 1949 tarihli Tavsiye Görüşü, Birleşmiş Milletler Hizmetindeyken Uğranılan Zararın Tazmini (*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*), Receuil 1949 s. 178.

¹¹⁵ Richard B. Lillich, “Sivil Haklar” (“Civil Rights”), Theodor Meron, *Uluslararası Hukukta İnsan Hakları: Yasalara ve Politikalara İlişkin Meseleler (Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues)*, Clarendon Press, Oxford, 1988, s. 131.

¹¹⁶ A.g.e.

¹¹⁷ A.g.e.

değerlendirdiğini belirtmekte fayda vardır.¹¹⁸ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, "hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı esasen, tam olarak kişinin her yerde hak ve borçların öznesi olarak tanınması, temel medeni haklardan yararlanabilmesi anlamına gelmektedir. Bu da haklara (sahip olma ve yararlanma) ve yükümlülöklere sahip olma ehliyeti gerektirmektedir. Hukuk önünde kişi olarak tanınmamak ise, medeni ve temel haklar ve borçlara ehil olma ihtimalinin kategorik olarak reddedilmesi demektir."¹¹⁹

"Kaybedilen kişinin neticede sahip olduğu hiçbir haktan yararlanamaması ve hiçbir hakkı kullanamamasının yanı sıra, kaybedilmesiyle sadece çok ciddi bir şekilde hukukun tamamıyla dışına çıkarılmakla kalmaz, aynı zamanda varlığı inkar edilir, toplum ve devlet önünde hukuki olarak belirsiz veya muğlak bir konuma sokulur."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi¹²⁰

Bu doğrultuda, zorla kaybetme, mağdurun hukukun koruması dışında bırakılması ve insan olarak hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkının ihlal edilmesi ve sonuç olarak uluslararası hukukun güvence altına aldığı ve bütün insanlara ait haklardan etkili bir şekilde yararlanamaması demektir. WGEID, kuruluşundan itibaren, bu ciddi duruma işaret etmektedir. Dolayısıyla 1981'de, WGEID, zorla kaybetme uygulaması ile birincil olarak ihlal edilen haklar saptanabiliyor olsa da "Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'ni ve İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeleri okuyunca kaybedilen kişinin az ya da çok bütün temel haklarının ihlal edildiği görölmektedir"¹²¹ demiştir. WGEID, 2010 yılında yürüttüğü *Ulusal ceza mevzuatlarında zorla kaybetme konusunda en iyi uygulamalar* başlıklı çalışmasında, "uluslararası hukukta yer alan bütün zorla

¹¹⁸ *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Almanağı (Inter-American Yearbook on Human Rights) - 1968, OAS, 1973, s. 96.*

¹¹⁹ 20 Kasım 12 tarihli karar, *Gudiel Álvarez ve Diğerleri ("Diario Militar")/Guatemala Davası*, Seri C No. 253, para. 209. Bu bağlamda, bkz.: 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 170 ve 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 91-101.

¹²⁰ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 170.

¹²¹ BM Belgeleri (UN Docs) E/CN.4/1435, 13 Mart 1981, para. 186, ve E/CN.4/1492, 31 Aralık 1981, para. 167.

kaybetme tanımları, mağdurun hukuki korumanın dışında bırakıldığına işaret etmektedir. Zorla kaybetme uygulamasının bu özelliği sebebiyle, mağdurun bütün insan hakları ve özgürlükleri askıya alınmakta ve mağdur tamamen savunmasız bir konuma itilmektedir. Bu, diğer bütün insan haklarından yararlanmanın önkoşulunu oluşturan herkesin hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkıyla doğrudan ilişkilidir"¹²² ifadesinde bulunmuştur.

Dünyada zorla kaybetme davalarına bakmak zorunda kalmış farklı hukuk sistemleri, zorla kaybetme suçunun doğasında olan çoklu suç barındırma özelliğini tanımıştır.

"Kişilerin zorla kaybedilmesi, fiziki özgürlüğüne, adil yargılanma hakkına, kişi bütünlüğüne, kanun önünde kişi olarak tanınma hakkına ve daha önce de belirtildiği üzere etkin hukuki korumadan yararlanma hakkına halel getirdiği için bünyesinde birden fazla (çoklu) suç barındırmaktadır. Söz konusu haklar mutlak surette geçerlidir; dolayısıyla uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk kapsamında korunmaktadır."

Peru Anayasa Mahkemesi¹²³

Peru Anayasa Mahkemesi'ne göre, "zorla kaybetme uygulaması, çeşitli temel haklara saldırdır. Dolaşım serbestisini ihlal etmenin yanı sıra, ihlal edilen hakları korumak için tasarlanmış hukuki çözümlere erişimi engellemekte, alıkonmanın hukuki olup olmadığını tespit etmek amacıyla bir an önce yargı önüne çıkma hakkını ihlal etmektedir (Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, 9.4. Madde ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, 7.6. Madde)." ¹²⁴ Başka bir kararda, Anayasa Mahkemesi, "kişilerin zorla kaybedilmesi, fiziki özgürlük, adil yargılama, kişisel bütünlük, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakları ve daha önce de belirtildiği gibi etkili hukuki koruma hakkını

¹²² *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu – Ek: Ulusal ceza mevzuatlarında zorla kaybetme konusunda en iyi uygulamalar (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances – Addendum: Best practices on enforced disappearances in domestic criminal legislation)*, A/HRC/16/48/Add.3, 28 Aralık 2010, para. 29.

¹²³ 12 Ağustos 2005 tarihli karar, Exp. No. 4677-2005-PHC/TC, Lima, *Juan Nolberto Riseo Lazo Davası*.

¹²⁴ Peru Anayasa Mahkemesi (The Constitutional Tribunal of Peru), 18 Mart 2004 tarihli karar, Exp. No. 2488-2002-HC/TC, Piura, *Genaro Villegas Namuche Davası*.

ihlal ettiğinden, bünyesinde birden fazla suç barındıran bir suçtur. Söz konusu haklar mutlak olarak geçerli olup uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk tarafından teminat altına alınmıştır. [...] Dolayısıyla, uluslararası hukuk, zorla kaybetmeyi en ciddi insan hakkı ihlallerinden biri olarak tanımaktadır"¹²⁵ sonucuna varmıştır.

Peru Ulusal Ceza Dairesi, "zorla kaybetme' kavramının, yalnızca birden fazla insan hakkının sistematik olarak ihlal edilmesinin hukuktaki adı - *nomen juris*"¹²⁶ olduğunu ve bu uygulama ile alıkonan kişinin sadece keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmadığını aynı zamanda kişisel bütünlüğünün, güvenliğinin ve bizzat yaşamının tehlikeye atıldığı bildirmiştir.

Arjantin Yüksek Mahkemesi'nde görülen bir zorla kaybetme davasında, Başsavcılık, zorla kaybetme uygulamasında birden fazla hakkın ihlal edilmesine dair görüş bildirirken, "[...] 'kişilerin zorla kaybedilmesi' kavramı yalnızca birden fazla insan hakkının sistematik olarak ihlal edilmesinin hukuktaki adıdır - *nomen juris*. Arjantin Devleti, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası toplumda söz konusu haklar geliştirilmeye başlandığından beri, bu hakları uluslararası ölçekte korumayı taahhüt etmiştir (26 Haziran 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı, 30 Nisan 1948 tarihli Amerikan Devletleri Örgütü Şartı, 10 Aralık 1948'de Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin kabul edilmesi ve 2 Mayıs 1948'de Amerika İnsan Hak ve Ödevleri'nin kabul edilmesi)"¹²⁷ ifadelerini kullanmıştır.

Bosna Savaşı'nı 1995 yılında sona erdiren Dayton Barış Antlaşması ile kurulan Bosna-Hersek İnsan Hakları Mahkemesi,¹²⁸ zorla

¹²⁵ Peru Anayasa Mahkemesi, Birinci Daire (Constitutional Tribunal of Peru, First Chamber), 9 Aralık 2004 tarihli karar, Exp. No. 2798-04-HC/TC, Lima, *Gabriel Orlando Seea Navarrete Davası*.

¹²⁶ 20 Mart 2006 tarihli karar, Exp. No. 111-04, *Ernesto Rafael Castillo Páez Davası*.

¹²⁷ Arjantin Ulusal Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of the Nation (Argentina)), Başsavcı Nicolás Becerra tarafından verilen karar, Dava S. 1767. XXXVIII "Simón, Julio diğerlerin haksız tutuklanmaları - Dava No. 17768-", 14 Haziran 2005 tarihli karar.

¹²⁸ Daire, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin görülen veya iddia edilen ihlalleri ile 15 uluslararası sözleşme ve Avrupa sözleşmesinde yer alan insan haklarının kullanımında meydana geldiği iddia edilen veya açıkça görünen ayrımcılığa ilişkin nihai ve bağlayıcı karar vermek için yetkilendirilmiştir (www.hrc.ba).

kaybetmenin bünyesinde birden fazla suç bulunduran mahiyetini kabul etmiştir. Albay Palic'in kaybedilmesine ilişkin *Avdo ve Esmā Palic/Sırp Cumhuriyeti* davasında Mahkeme, albayın zorla kaybedilmesinin, yaşam, işkenceye maruz kalmama, özgürlük ve güvenlik haklarını ihlal ettiği kararına varmıştır (*İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 2, 3 ve 5. Maddeleri*).¹²⁹

Kolombiya'da Anayasa Mahkemesi, zorla kaybetme suçunu, "en temel ve kişisel olandan başlayarak mağdurun ölümünün tanınmasına kadar sayısız hukuki ve sosyal fiilin inkarını içerdiğinden temel insan haklarına çoklu saldırı"¹³⁰ olarak nitelendirmiştir. Yine benzer şekilde Anayasa Mahkemesi, "zorla kaybetmenin suç olarak tanımı, diğer hakların yanı sıra yaşam, kişi özgürlüğü ve güvenliği, zalimane, insanlık dışı veya küçültücü muameleye maruz kalmama, keyfi gözaltı, tutuklama veya sürgüne maruz kalmama, adil yargılanma, hukuk önünde kişi olarak tanınma ve gözaltında insanca muamele görme hakları gibi birden çok hakkın korunmasını hedefler"¹³¹ demiştir.

Venezuela Yüksek Adalet Divanı'na göre, "zorla kaybetme suçu, aralarında kişi özgürlüğü ve güvenliği, insan onuru gibi hakların da bulunduğu bir dizi temel yasal hakkı baltalayan çoklu suç niteliği taşımaktadır ve Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge'nin 2. Maddesinde tam olarak ifade edildiği üzere yaşam hakkını ciddi bir şekilde tehdit altına almaktadır."¹³²

b. Uluslararası hukuk kapsamında suç

Uluslararası metinler, uluslararası hukuk kapsamında zorla kaybetme fiilinin kanuna aykırı mahiyetini tekrar teyit etmektedir.

¹²⁹ 11 Ocak 2001 tarihli kabul edilebilirlik ve esas hakkında karar, *Avdo ve Esmā Palic/Sırp Cumhuriyeti Davası*, CH/99/3196 sayılı Bildirim.

¹³⁰ C-317/02 sayılı, 2 Mayıs 2002 tarihli karar, Exp. D-3744, "Ceza Kanunu'nu yasaılaştıran" 2000 tarihli 599 sayılı Kanun'un 165. Maddesine (kısmi) ilişkin anayasaya aykırılık davası (*Lawsuit of unconstitutionality against Article 165 (partial) of Law 599 2000 "Whereby the Penal Code is enacted."*)

¹³¹ A.g.e.

¹³² 10 Ağustos 2007 tarihli karar, Exp. No. 06-1656, *İnceleme için Başvuru Davası (Case of Application for Review) - Marco Antonio Monasterios Pérez - Casimiro José Yánez*, Raportör Hakim: Carmen Zuleta de Merchán.

Bunlar, uygulamada zorla kaybetme fiilinin ulusal ceza hukuku kapsamında suç olarak tanınmasını gerektirir;¹³³ devletlerin söz konusu uluslararası kanuna aykırı fiilin zanlıları ile ilgili hem sınırları içinde hem de ötesinde yargı yetkilerini kullanmalarını şart kılar¹³⁴ ve bu suçla ilgili iade et ya da yargıla (*aut dedere aut judicare*) ilkesinin uygulanması gerektiğini teyit eder.¹³⁵

“Hukuk dışı infaz, zorla kaybetme veya işkence, zalimane ve menfur fiiller ve ciddi insan hakkı ihlalleridir; dolayısıyla cezasız bırakılamazlar. Diğer bir deyişle, insan hakkı ihlali teşkil eden fiillerin failleri ve ortakları eylemlerinin yasal sonuçlarından kaçınmamalıdır.”

Peru Anayasa Mahkemesi¹³⁶

WGEID defaatle zorla kaybetmenin uluslararası bir suç olduğunu ifade etmiştir.¹³⁷ WGEID’ye göre, “ciddi bir insan hakkı ihlali biçimi olan zorla kaybetme fiili dolayısıyla bir dizi geri alınamaz hak ihlal edilmektedir ve muhakkak bunun ceza hukukunda sonuçları vardır. Uluslararası hukukta yaşanan son gelişmeler, adaletin sağlanması ve sorumluların cezalandırılması amacıyla ciddi insan hakkı

¹³³ *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)*, Md. 4; *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme (Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons)*, Md. III; ve *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)*, Md. 4.

¹³⁴ *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)*, Md. 9; *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme (Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons)*, Md. IV.; ve *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)*, Md. 14.

¹³⁵ *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)*, Md. 9 - 11; *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme (Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons)*, Md. V ve VI; ve *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)*, Md. 14.

¹³⁶ 18 Mart 2004 tarihli karar, Exp. No. 2488-2002-HC/TC, Piura, *Gerardo Villegas Namuche Davası*, Yasal Dayanak 3, para. 5.

¹³⁷ BM Belgeleri (UN Docs) E/CN.4/1999/62, 28 Aralık 1998, para. 333; E/CN.4/2000/64, 21 Aralık 1999, para. 137; ve E/CN.4/2002/79, 18 Ocak 2002, Özet.

ihlallerine karşı davalara açıkça öncelik verilmesini gerektirmektedir.”¹³⁸

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, zorla kaybetmenin uluslararası bir suç teşkil ettiğini, kesinlikle yasaklanan zalimane ve insanlık dışı bir fiil olduğunu ve geniş ölçekte veya sistematik olarak uygulandığında insanlığa karşı suç oluşturduğunu tekrarlamıştır.¹³⁹

1988’den beri, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, birçok kez zorla kaybetmenin uluslararası hukuk kapsamında suç teşkil ettiğini yinelemiştir.¹⁴⁰ Amerikalılar Arası Mahkeme, uluslararası ölçekte tanınan bu kanun dışı fiilin ağırlığına bakarak, zorla kaybetme fiilinin yasaklanmasının ve sorumluların cezalandırılmasının “*jus cogens* niteliği kazanmış”¹⁴¹ normlar haline geldiğini belirtmiştir.

¹³⁸ “Bildirge’nin 17. Maddesi ile ilgili Genel Yorum” (“General Comment on Article 17 of the Declaration”), *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu* içerisinde (*Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*), E/CN.4/2001/68, 18 Aralık 2000, para. 31.

¹³⁹ 14 Ocak 2000 tarihli karar, *Savcı/Zoran Kupreskic ve Diğerleri*, Dosya No, IT-95-16-A, para. 566.

¹⁴⁰ 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136, para. 92; 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C No. 162, para. 157; 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú ve Diğerleri/Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 82; 23 Kasım 2004 tarihli karar, *Hermanas Serrano. Cruz/El Salvador Davası*, Seri C No. 118, para. 100 - 106; 5 Temmuz 2004 tarihli karar, *19 Tüccar/Kolombiya Davası*, Seri C No. 109, para. 142; 20 Ocak 1989 tarihli karar, *Godínez Cruz/Honduras Davası*, Seri C No. 5, para. 163 - 167; ve 29 Temmuz 1988 tarihli karar, *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Seri C No. 4, para. 153.

¹⁴¹ Ayrıca bkz.: 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C No. 162, Para. 157; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 59; 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 112; 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú ve Diğerleri/Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 84; 25 Mayıs 2010 tarihli karar, *Chitay Nech ve Diğerleri/Guatemala Davası*, Seri C No. 212, para. 86; 1 Eylül 2010 tarihli karar, *Ibsen Cárdenas ve Ibsen Peña/Bolivia Davası*, Seri C No. 217, para. 61; 24 Şubat 2011 tarihli karar, *Gelman/Uruguay Davası*, Seri C No. 221, para. 75; ve 24 Kasım 2010 tarihli karar, *Gomes Lund ve Diğerleri (Guerrilha do Araguaia)/Brezilya Davası*, Seri C No. 219, para. 105.

“Hakkında yaptırım uygulanması uluslararası toplumun çıkarına olarak değerlendirilen, uluslararası suç teşkil ettiği düşünölen fillerin listesi zorla kaybetme ve kısa yoldan infaz gibi fiilleri de içerecek şekilde genişletilmiştir. Bunları yargılama ve cezalandırmada evrensel yargı yetkisi kabul edilerek, söz konusu suçun kısmen ya da tamamen bir devletin sınırı içinde işlenip işlenmemesine bakılmaksızın failin bu devletin yetki alanı dışında yargılanması, karar başka devletlerden veya uluslararası mahkemelerden geldiğinde dahi uluslararası hukuka uygun bulunmuştur.”

Kolombiya Anayasa Mahkemesi¹⁴²

Bu arada, İnsan Hakları Komitesi'ne göre, “taraf devlet, iddia edilen insan hakkı ihlallerini, özellikle kişilerin zorla kaybedilmesi ve yaşam hakkı ihlallerini layıkıyla incelemek ve sorumlular hakkında dava açmak, onları yargılamak ve cezalandırmakla yükümlüdür. Bu yükümlölük, daha ziyade, bu tür ihlallerin faillerinin belli olduğu davalarda geçerlidir.”¹⁴³ Aynı şekilde, Komite, devletlerin zorla kaybetmeyi kendi ceza hukuku mevzuatlarında suç olarak tanımlamalarının önemli olduğunu vurgulamıştır.¹⁴⁴

c. Süreğen suç ve insan hakkı ihlalleri

Uluslararası belgeler¹⁴⁵ zorla kaybetmenin süreğen, yani sürmekte olan suç niteliği taşıdığını öngörmektedir. IACFDP'nin 3. Maddesinde, zorla kaybetme suçunun, “mağdurun akibeti veya nerede olduğu belirlenmediği sürece devam etmekte ve kalıcı sayılması gerektiği” ifade edilmektedir. Sözleşme'nin hazırlık

¹⁴² C-578/02 sayılı, 20 Temmuz 2002 tarihli karar, Exp. LAT-223, 742 Sayılı 5 Haziran 2002 tarihli Kanun'un Gözden Geçirilmesi (*Revision of Law 742 of 5 June 2002*)

¹⁴³ 13 Kasım 1995 tarihli görüşler, 563/1993 sayılı Bildirim, *Nydia Erika Bautista/Kolombiya Davası*, para. 8,6. Ayrıca bkz.: 29 Temmuz 1997 tarihli görüşler, 612/1995 sayılı Bildirim, *José Vicente ve Amado Villafaña Chaparro ve Diğerleri/Kolombiya*, para. 8, 8.

¹⁴⁴ *İnsan Hakları Komitesi'nin Sonuç Gözlemleri: Honduras (Concluding Observations of the Human Rights Committee: Honduras)*, UN Doc. CCPR/C/HND/CO/1, 13 Aralık 2006, para. 5.

¹⁴⁵ *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)* (Md.17,1); *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme (Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons)* (Md. III); ve *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)* (Md. 8 ve 24).

çalışmaları sırasında ve bir dizi belge ve dosya incelendikten sonra, kaybetme suçunun, suç mağduru kayıp olduğu süre boyunca devam ediyor olarak değerlendirilmesini gerektiği vurgulanmıştır: “Mağdurun akıbeti veya nerede olduğu belirlenmediği sürece’ devam etmekte olan ve kalıcı’ bir suç.”¹⁴⁶ Zamanaşımını belirleyen kanun veya hükümler için, ICPEĞ, bu suçun “süreğen yapısına”¹⁴⁷ vurgu yapmıştır. Benzer şekilde, 24 (6) Maddesine göre, taraf devletler, “kaybedilen kişinin akıbeti belirlenene kadar soruşturmayı yürütmekle yükümlüdür”, böylelikle zorla kaybetme suçunun süreklilik veya kesintisizlik vasfına dikkat çekilmiştir. ICPEĞ’in hazırlık çalışmaları sırasında bağımsız uzman Manfred Nowak, evrensel ve bölgesel deneyimlere ve suçun ağırlığına dayanarak “[..] zorla kaybetme suçunun bilhassa ciddi yapısı ve [..] Zorla veya İrade Dışı Kaybetmeler Çalışma Grubunun ilgili tavsiyeleri ve Birleşmiş Milletler Bildirgesi’nin, Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme’nin ve taslak Sözleşme’nin maddeleri [..] dikkate alındığında” mağdurun nerede olduğu belirlenmediği sürece zorla kaybetmenin sürekli olduğu ve suçun da çözülmemiş olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.¹⁴⁸ Benzer şekilde, Amerikalılar Arası Mahkeme¹⁴⁹ ve

¹⁴⁶ OAS/CP-CAJP, *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme Taslağı’nı İncelemekle Görevli Çalışma Grubu Başkanı’nın Raporu (Report of the Chairman of the Working Group Entrusted with Analyzing the Draft Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons)*, OAS Doc. OAS/Ser.G/CP/CAJP-925/93 rev.1, 25.01.1994, s. 10. Metin, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu tarafından 1987-1988 dönemine ait Yıllık Raporu’nda ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından *Blake/Guatemala Davası’nda* alıntılanmıştır, Doc. Cit.

¹⁴⁷ Madde 8.

¹⁴⁸ Tüm kişilerin zorla kaybetmeden korunmasına ilişkin yasal olarak bağlayıcı normatif bir belge taslağı oluşturmak adına Oturumlararası Açık Uçlu Çalışma Grubu’nun Raporu (*Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance*), UN Doc. E/CN.4/2003/71, 12 Şubat 2003, Para. 82. Ayrıca bkz., 2001/46 sayılı Komisyon kararının 11. Paragrafı doğrultusunda, kişilerin zorla veya irade dışı kaybedilmeden korunmasına yönelik cezai hususlar ve insan hakları bağlamında mevcut uluslararası çerçeveyi incelemekle görevli bağımsız uzman Manfred Nowak tarafından sunulan rapor (*Report submitted by Mr. Manfred Nowak, independent expert charged with examining the existing international criminal and human rights framework for the protection of persons from enforced or involuntary disappearances, pursuant to paragraph 11 of Commission resolution 2001/46*), UN Doc. E/CN.4/2002/71, 8 Ocak 2002, para 50.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu,¹⁵⁰ İnsan Hakları Komitesi,¹⁵¹ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu,¹⁵² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi¹⁵³ ve WGEID¹⁵⁴ de zorla kaybetmeyi sürekli veya kesintisiz nitelikli bir insan hakkı ihlali ve suç olarak nitelemişlerdir.

"Mahkeme, 1988'den beri içtihatında sürekli olarak uluslararası insan hakları hukuku kapsamında defalarca tanındığı üzere kişilerin zorla kaybedilmesinin kesintisiz veya sürekli niteliğini ortaya koymuştur. [...] Mahkemenin içtihatı, birden fazla zarar gören hakka ve zorla kaybetme suçunun sürekli veya kesintisiz yapısına ilişkin kapsamlı bir bakış açısı geliştirmiştir. Zorla kaybetme fiili, kişinin özgürlüğünden yoksun

¹⁴⁹ Ayrıca bkz.: 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 31; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 59; *Goiburú ve Diğerleri/Paraguay Davası*, Doc. Cit., Para. 83 ve 85; 2 Temmuz 1996 tarihli karar, *Blake/Guatemala Davası (İlk İtirazlar)*, Seri C No. 27, para. 39; 19 *Tüccar/Kolombiya Davası*, Doc. Cit., para. 142; *Hermanas Serrano Cruz/El Salvador (İlk İtirazlar)*, Doc. Cit., par. 100 a 106; 29 Temmuz 1988 tarihli karar, *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Seri C No. 4, para. 155, ve 19 Ağustos 2013 tarihli karar, *Gudiel Álvarez ve Diğerleri/Guatemala*, Seri C No. 262, para. 64.

¹⁵⁰ Ayrıca Bkz.: 7/00 sayılı, 24 Şubat 2000 tarihli rapor, Dava No, 10.337, *Amparo Tordecilla Trujillo/Kolombiya*; 60/01 sayılı, 4 Nisan 2001 tarihli rapor, Dava No. 9111, *Ileana Del Rosario Solares Castillo ve Diğerleri/ Guatemala*; 58/01 sayılı, 4 Nisan 2001 tarihli rapor, Dilekçe No. 9207, *Oscar Manuel Gramajo López/Guatemala*; 30/96 sayılı, 16 Ekim 1996 tarihli rapor, Dilekçe No. 10.897, *Cruz Soza/Guatemala Davası*; 22/93 sayılı, 12 Ekim 1993 tarihli rapor, Dilekçe No. 9477, *Familia Riseea/Kolombiya Davası*; 2/06 sayılı, 28 Şubat 2006 tarihli rapor, Dilekçe No. 12.130, *Miguel Orlando Muñoz Guzmán/Meksika Davası*; 34/06 sayılı, 14 Mart 2006 tarihli rapor, Dilekçe No. 875-03, *Rita Irene Wald Jaramillo ve Diğerleri/Panama Davası*.

¹⁵¹ 2 Kasım 2005 tarihli görüşler, *Norma Yurich/Şili*, Doc. Cit., para. 6.4.

¹⁵² Diğerlerinin yanı sıra, 7202/75, 7379/76, 8007/77, 7742/76, 6852/74, 8560/79 ve 8613/79, 8701/79, 8317/78, 8206/78, 9348/81, 9360/81, 9816/82, 10448/83, 9991/82, 9833/82, 9310/81, 10537/83, 10454/83, 11381/85, 9303/81, 11192/84, 11844/85, 12015/86, ve 11600/85 sayılı Bildirimlerle ilgili kararlar.

¹⁵³ Diğerlerinin yanı sıra, bkz.: 10 Mayıs 2001 tarihli karar, *Kıbrıs/Türkiye*, Başvuru No. 25781/94, para. 136, 150 ve 158, ve 18 Aralık 1996 tarihli karar, *Loizidou/Türkiye*, Başvuru No. 15318/89, para. 41.

¹⁵⁴ Diğerlerinin yanı sıra bkz.: Bildirge'nin 17. Maddesi ile İlgili Genel Yorum ("General Comment on Article 17 of the Declaration"), Doc. Cit., Para. 28 ve devamı ve "Süreğen suç olarak zorla kaybedilme ile ilgili Genel Yorum" ("General Comment on enforced disappearance as a continuous crime"), *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu* içerisinde, (*Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*), UN Doc. A/HRC/16/48, 26 Ocak 2011, para. 39 ve devamı.

birakılmasıyla başlar, nerede olduğuna ilişkin bilgi yokluğuyla devam eder. Kişinin nerede olduğu bilgisi gizli tutulduğu sürece veya cenazesi kesin olarak bulunana kadar fiil devam eder. [...]. Mahkeme, zorla kaybetmeyi, Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme’de yer alan tanımdan önce dahi bu şekilde tanımlamıştır.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi¹⁵⁵

Amerikalılar Arası Mahkeme, içtihatı doğrultusunda, kişilerin zorla kaybedilmesinin “Amerika Sözleşmesi tarafından teminat altına alınan birden fazla hakkın çoklu ve sürekli ihlaline neden olan kanuna aykırı bir fiil olduğunu ve mağduru tamamen savunmasız bir durumda bırakarak diğer ilişkili suçlara da meydan verdiğini”¹⁵⁶ belirtmiştir. Benzer şekilde, Mahkeme, sürekli yapısı nedeniyle, suçun kaybedilen kişinin nerede olduğu veya akıbeti belirlenene kadar devam ettiği değerlendirmesinde bulunmuştur.¹⁵⁷ Mahkeme kararına göre, “kaybetme fiili, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması ve akabinde akıbeti ile ilgili bilgi verilmemesi ile başlamakta ve kaybedilen kişinin nerede olduğu ve bilgiler ortaya çıkıncaya kadar devam etmektedir, [...] zorla kaybetme fiili, öldüğü farz edilerek değil de ancak kişinin nerede olduğu belirlendiği veya cenazesi bulunduğu zaman nihayete erer.”¹⁵⁸

WGEID’ye göre, “zorla kaybetmeler prototipik sürekli fiillerdir. Fiil, kişinin kaçırılması ile başlar ve suçun nihayete ermediği süre zarfında devam eder, diğer bir deyişle devlet, kişinin alıkonduğunu kabul edene veya kişinin nerede olduğu veya akıbeti ile ilgili bilgi verene kadar sürer.”¹⁵⁹

¹⁵⁵ 27 Şubat 12 tarihli karar, *González Medina ve Aile Fertleri/Dominik Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 240, Para. 50.

¹⁵⁶ *Goiburú ve Diğerleri/Paraguay Davası*, Doc. Cit., para. 82.

¹⁵⁷ *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Doc. Cit., par. 155 ve 181.

¹⁵⁸ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 31. Bu bağlamda, bkz.: 1 Eylül 2010 tarihli karar, *Ibsen Cárdenas ve Ibsen Peña/Bolivya Davası*, Seri C No. 217, para. 59; 20 Kasım 12 tarihli karar, *Gudiel Álvarez ve Diğerleri (“Diario Militar”)/Guatemala Davası*, Seri C No. 253, para. 195.

¹⁵⁹ “Süreğen suç olarak zorla kaybedilme ile ilgili Genel Yorum” (“General Comment on enforced disappearance as a continuous crime,”) Doc. Cit., para. 39 ve devamı.

Zorla kaybetme suçunun süreklilik gösteren yapısı, zorla kaybetmeyi suç olarak tanıyan ulusal ceza hukuku mevzuatında,¹⁶⁰ Peru,¹⁶¹ Arjantin,¹⁶² Bolivya,¹⁶³ Şili,¹⁶⁴ Kolombiya,¹⁶⁵ Meksika,¹⁶⁶ Uruguay¹⁶⁷ ve Venezuela¹⁶⁸ mahkeme içtihatında da aynı şekilde tanınmıştır.

Süreğen suçlar çağdaş ceza hukuku kapsamında tanınmaktadır. Böylesi süreğen suçlar, ani suçlar gibi bir anda işlenip tamamlanan suçların aksine zamana yayılan suçlardır. Jescheck'in doktrinde bahsettiği üzere, "süreğen suçlar, [...] etkisi zamana yayılan suçlardır. Süreğen suçlarda suç oluşturan fiil ile yaratılan hukuka aykırı durumun devamı failin iradesine bağlıdır; böylece fiili sürekli

¹⁶⁰ Örn. Bkz.: Bolivarcı Venezüela Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nun 181-A Maddesi (Penal Code of the Bolivarian Republic of Venezuela); Guatemala Ceza Kanunu'nun 201-Ter Maddesi (Penal Code of Guatemala); ve Uruguay'ın Uruguay'da zorla kaybetme ile ilgili 18.026 sayılı, 25 Eylül 2006 tarihli Kanunu'nun 21. Maddesi (Uruguay's Law No. 18.026 of 25 September 2006).

¹⁶¹ Bkz. Peru Anayasa Mahkemesi, 18 Mart 2004 tarihli karar, Exp. No. 2488-2002-HC, *Genaro Villegas Namuche Davası*; 9 Aralık 2004 tarihli karar, Exp. No. 2798-04-HC/TC, *Gabriel Orlando Seea Navarrete Davası* ve 18 Mart 2004 tarihli karar, *Castillo Páez Davası*. Ayrıca bkz.: Ulusal Ceza Mahkemesi, 20 Mart 2006 tarihli karar, Exp. No. 111-04, *Ernesto Rafael Castillo Páez Davası*.

¹⁶² Arjantin Ulusal Yüksek Mahkemesi, 24 Ağustos 2004 tarihli karar, Dava A.533.XXXVIII "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro ve Diğerleri nitelikli cinayet ve yasa dışı örgüt -Dava no. 259-"; ve 14 Haziran 2005 tarihli karar, Dava S. 1767. XXXVIII "Simón, Julio ve diğerleri haksız tutuklanma - Dava No. 17768—".

¹⁶³ Anayasa Mahkemesi, 12 Kasım 2001 tarihli karar, *José Carlos Trujillo Davası*.

¹⁶⁴ Yüksek Mahkeme, Ceza Dairesi, 20 Temmuz 1999 tarihli karar, *Caravana'nın ölümü Davası*; Yüksek Mahkeme, Tüm Daire, 8 Ağustos 2000 tarihli karar, *de desafuero de Pinochet Davası*; Santiago Temyiz Mahkemesi, 4 Ocak 2004 tarihli karar, *Sandoval Davası*; Santiago Temyiz Mahkemesi, Beşinci Daire, 5 Ocak 2004 tarihli karar, Rol No. 11.821-2003, *recursos de casación en la forma interpuestos por los procesados Fernando Laureani Maturana, a fs. 1604*; ve *Miguel Krassnoff Marchenko, a fs. 1611*.

¹⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, C-580/02 sayılı, 3 Temmuz 2002 tarihli karar.

¹⁶⁶ Yüksek Adalet Divanı, Tez: P./J. 87/2004.

¹⁶⁷ 18 Ekim 2002 tarihli Yüksek Adalet Divanı kararı, *Juan Carlos Blanco Davası*, ve 17 Nisan 2002 tarihli karar, *Gavasso Davası*.

¹⁶⁸ Yüksek Adalet Divanı, 10 Ağustos 2007 tarihli karar, Exp. No. 06-1656, *İnceleme Başvurusu Davası - Marco Antonio Monasterios Pérez - Casimiro José Yánez*.

olarak yenilenir.”¹⁶⁹ İtalyan akademisyen Giuseppe Maggiore’ye göre ise; “[süreğen veya kesintisiz suç, hukuka aykırı durum sona erinceye kadar suçun tamamlanmadan failin iradesine bağılı olarak devam ettiğı belirli bir süreyi içermektedir. Suçun kalıcı tamamlanmama hali ile etkilerine değıl eylemin kendisine atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu tanımlara göre, ‘hukuka aykırı durumu devam ettirmek ya da sona erdirmek failin kontrolündedir; ama hukuka aykırı durum devam ettiğı sürece, suç her an sürekli yeniden üretilmektedir.”¹⁷⁰ Benzer şekilde, Sebastian Soler’e göre, “süreğen suçların özelliğı, suç işlendiğinde sona ermemeleridir. Bunun yerine zamana yayılırlar, ‘böylece devam ettikleri her an aynı suçun yeniden oluşması olarak değıerlendirilebilir.”¹⁷¹

Bir suçun, süreklilik vasfının birtakım sonuçları vardır. Suç zamana yayıldığından, her an bir ihzar emri (*habeas corpus*) çıkarılabilir veya başka benzer bir fiil başlatılabilir. Bu bağlamda, Peru Anayasa Mahkemesi’ne göre, zorla kaybetme uygulamalarında *habeas corpus* emri her an çıkarılabilir; “zorla kaybetme suçu mağıdurun akıbeti veya nerede olduğu belirlenene kadar süren bir suç niteliğı taşıdığından, geçen süreye rağmen mağıdurun nerede olduğunu bilmediğimizden ve dolayısıyla hakikati bilme hakkı ihlal edildiğinden talep onaylanmaktadır”¹⁷² demiştir. Aynı şekilde, Peru Ulusal Ceza Dairesi tarafından da ifade edildiğı üzere, kişinin cezai ehliyeti ile ilgili olarak, “geçen süre boyunca suça iştirak eden herkes, müşterek fail veya suç ortağı olarak değıerlendirilecektir; zira suç fiili olarak sona erse bile, oluşmaya devam etmektedir.”¹⁷³ Benzer şekilde süreğen suçun, yapısı itibariyle, soruşturma süreci (bkz. IV. Bölüm “Soruşturma”) ve suç teşkil eden fiilin sona erdirilmesi (bkz. VI. Bölüm “Suç Teşkil Eden Fiilin Sona

¹⁶⁹ Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, s. 237.

¹⁷⁰ Giuseppe Maggiore *Derecho penal*, Ortega Torres tarafından yapılan İspanyolca çevirisinden İngilizce’ye mealen çeviri, Cilt 1, Bogotá, 1956, s. 295; *op. cit.* 17768 sayılı “Simón, Julio ve Diğlerlerinin Haksız Tutuklanması” davasında Başsavcının verdiği karar içinde, 14 Haziran 2005 tarihli Arjantin Yüksek Mahkemesi kararı.

¹⁷¹ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Ed. TEA, cilt II, Buenos Aires, 1963, s. 160.

¹⁷² 2 Temmuz 2004 sayılı karar, Exp. No. 2529-2003-HC/TC, Lima, *Peter Cruz Chávez Davası*.

¹⁷³ 20 Mart 2006 tarihli karar, Exp. No. 111-04, *Ernesto Rafael Castillo Páez Davası*.

Erdirilmesi") için de somut sonuçları vardır. Bu bağlamda, Arjantin'de bir mahkeme, "kişilerin zorla kaybedilmesi, ilkin 'bir veya birden fazla kişinin alıkonması' [...] ve ikincisi 'alıkonma ile ilgi bilgi verilmemesi veya alıkonmanın kabul edilmemesi'nden oluşan iki bileşenli bir süreç olarak anlaşılmaktadır; dolayısıyla kaybedilen kişinin nerede olduğuna ilişkin bilgi olmaması, mağdur ortaya çıkana kadar suçun kesintisiz olarak devam ettiği ve bu durumda aynı suçun oluşmaya devam ettiği anlamına gelmektedir"¹⁷⁴ değerlendirmesinde bulunmuştur.

4. Birden Fazla Mağdur Olması

Öznel açıdan bakıldığında, uluslararası belge ve içtihatlar fiili olarak kaybedilen kişilerin yanı sıra aile bireylerini de suçun mağduru olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla, uluslararası hukukta, zorla kaybetme suçu için geniş bir mağdur tanımı yapılmıştır. Zorla kaybetme, kaybedilen kişinin akıbeti veya nerede olduğu ile ilgili belirsizlik nedeniyle ailesinde de büyük bir ıstıraba neden olmaktadır. Bu gerçek, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1978'de kayıplarla ilgili ilk kararında tanınmış; "bu [kaybetme olaylarının] kaybedilen kişilerin yakınlarında, özellikle eşlerinde, çocuklarında ve ebeveynlerinde neden olduğu keder ve üzüntüden"¹⁷⁵ derinden etkilendiğini belirtmiştir.

Zorla kaybetmeler nedeniyle kaybedilen kişilerin yakınlarının yaşadığı keder, acı ve ıstırap hukuk belgeleri kapsamında da tanınmıştır. DED, özel olarak, "zorla kaybetme fiili, kişileri hukuki korumanın dışında bırakır ve kendileri ve ailelerinde büyük bir ıstıraba neden olur"¹⁷⁶ ifadesini kullanmıştır.

Bu arada, ICPED, bu Sözleşme kapsamında, "mağduru kaybedilen kişi ve bir zorla kaybetme fiili sonucu doğrudan zarar gören herkes"¹⁷⁷ olarak tanımlamıştır. Şüphesiz, bu madde

¹⁷⁴ 30 Nisan 2009 tarihli karar, Dava no. 1278, "REI, Víctor Enrique, 10 yaşında bir çocuğun kaçırılması".

¹⁷⁵ Karar No. 33/173, "Kaybedilen Kişiler" ("Disappeared persons"), 20 Aralık 1978. Bu bağlamda bkz. örn., Genel Kurul'un 1988 tarihli 43/159 sayılı Kararı, 1990 tarihli, 44/160 sayılı Kararı; 1991 tarihli 46/125 sayılı Kararı ve 1992 tarihli 47/132 sayılı Kararı.

¹⁷⁶ Madde 1 (2).

¹⁷⁷ Madde 24 (1).

Bildirge'ninkinden daha geniş kapsamlıdır. Bu bağlamda, bu belgenin hazırlık aşamasında, birçok ÷lke, "mağdur kavramının sadece kaybedilen kişilerden ibaret olamayacağını" ve kaybedilen kişilerin eşlerini, çocuklarını, ebeveynlerini ve kardeşlerini de "kaybetme fiilinin zarar verdiği kişiler olarak"¹⁷⁸ kapsamı gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla, Sözleşmede, zorla kaybetme mağduru kavramı, uluslararası hukukta kaydedilen gelişmeler doğrultusunda genişletilmiştir.¹⁷⁹

Uluslararası içtihat hukuku, sevdiklerinin kaybedilmesi ve akıbeti veya nerede olduğu ile ilgili devam eden belirsizliğin sebep olduğu keder ve ıstırabın bir çeşit işkence veya başka tür zalimane ve insanlık dışı muamele olarak değerlendirmek konusunda hemfikir olmuştur. Bu değerlendirme birçok kez, İnsan Hakları Komitesi,¹⁸⁰

¹⁷⁸ *Tüm kişilerin zorla kaybetmeden korunmasına ilişkin yasal olarak bağlayıcı normatif bir belge taslağı oluşturmak adına Oturumlararası Açık Uçlu Çalışma Grubu'nun Raporu (Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance), Raportör Başkan: Bernard Kessedjian (Francia), UN Doc. E/CN.4/2003/71, 12 Şubat 2003, para. 83.*

¹⁷⁹ *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law)* uyarınca, "mağdurlar, ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri veya ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerini oluşturan eylemler neticesinde bireysel veya grup olarak fiziksel veya ruhsal hasarları da içeren zararlara, duygusal sarsıntılara, ekonomik kayıplara veya temel haklarının zarar görmesine maruz kalmış kişiler olarak tanımlanmıştır. Uygun olduğu noktalarda ve ulusal hukukla uyum içerisinde, "mağdur" terimi, sıkıntı içerisindeki mağdurlara yardım etmek veya mağduriyeti önlemek adına hareket edildiğinde, yakın aile üyelerini ve bakmakla mükellef olduğu diğer şahısları da kapsar." (Madde 8).

¹⁸⁰ Diğerlerinin yanı sıra bkz.: 21 Temmuz 1983 tarihli görüşler, 107/1981 sayılı Bildirim, *María del Carmen Almeida de Quinteros/Uruguay*, para. 14; 25 Mart 1996 tarihli görüşler, 542/1993 sayılı Bildirim, *Katombe L. Tshishimbi/Zaire*, para. 5.5; 25 Mart 1996 tarihli görüşler, 540/1996 sayılı Bildirim, *Ana Rosario Celis Laureano/Peru*, para. 8.5; 16 Temmuz 2003 tarihli görüşler, 950/2000 sayılı Bildirim, *Jegatheeswara Sarma/Sri Lanka*, para. 9.5; 30 Mart 2006 tarihli görüşler, 992/2001 sayılı Bildirim, *Louisa Bousroual/Cezayir*, para. 9.8; 10 Ağustos 1994 tarihli görüşler, 449/1991 sayılı Bildirim, *Mójica/Dominik Cumhuriyeti*, para. 5.7; 30 Mart 2006 tarihli görüşler, 1196/2003 sayılı Bildirim, *Boucherf/Cezayir*, para. 9.6; ve 19 Temmuz 2013 tarihli görüşler, 1865/2009 sayılı Bildirim, *Mukunda Sedhai/Nepal*, para. 8.4.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,¹⁸¹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu,¹⁸² Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi¹⁸³ ve WGEID¹⁸⁴ tarafından yapılmıştır.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, bu bağlamda, "kişilerin zorla kaybedilmelerinde, [...] ailenin zihinsel ve ruhsal bütünlüğünün ihlal edilmesi kesin olarak zorla kaybetme fiilinin doğrudan sonucudur. Sebep olunan büyük ıstırap, devletin sürekli olarak mağdurun nerede olduğu ile ilgili bilgi vermeyi reddetmesi veya hakikate ilişkin etkili bir soruşturma yürütmeyi reddetmesiyle katmerlenir"¹⁸⁵ yorumunda bulunmuştur. Mahkeme, "bu durum, aile fertlerinin zihinsel ve ruhsal bütünlüklerinin zarar gördüğünün varsayılmasına yol açar. [...] Bu varsayım, durumun özgün koşulları doğrultusunda, anneler ve babalar, çocuklar, eşler ve kalıcı hayat

¹⁸¹ Diğerlerinin yanı sıra bkz.: 25 Mayıs tarihli karar, Dava No, 15/1997/799/1002, *Kurt/Türkiye*, para. 130-134.

¹⁸² Diğerlerinin yanı sıra bkz., *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu (Annual report of the Inter-American Commission on Human Rights), 1977*, OAS/Ser.L/V/II.43, doc.21, corr.1, 20 Nisan 1978; *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu, 1978*, OAS/Ser.L/II.47, doc. 13 rev., 29 Haziran 1979; *Arjantin'de İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Rapor (Report on the Situation of Human Rights in Argentina), 1980*, OAS/Ser.L/V/II/49, doc. 19, s. 59; *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu, 1980-1981*, OAS/Ser.L/V/II.54, doc.9 rev.1 16 Ekim 1981; *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu 1985-1986* OAS/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev 1, 6, s. 205, 26 Eylül 1986.

¹⁸³ Diğerlerinin yanı sıra bkz.: *Goiburú ve Diğerleri/Paraguay Davası*, Doc. Cit., para. 97; *Blake/Guatemala Davası*, Doc. Cit., para. 114 ve *Gómez Palomino/Peru Davası*, Doc. Cit., para. 61.

¹⁸⁴ Diğerlerinin yanı sıra bkz: Çalışma Grubu'nun Raporları: UN Docs. E/CN.4/1984/21, para. 172; E/CN.4/1985/15, para. 291; E/CN.4/1990/13, para. 339; ve "Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge'nin 19. Maddesi ile İlgili Genel Yorum", UN Doc. E/CN.4/1998/43, para. 72.

¹⁸⁵ *Gómez-Palomino/Peru Davasında Karar*, Doc. Cit., para. 61. Ayrıca bkz: 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 227; 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162 para. 58; 30 Mayıs 1999 tarihli karar, *Castillo Petruzzi ve Diğerleri/Peru Davası*, Seri C No. 57, para. 207; 22 Eylül 2002 tarihli karar, *Goiburú ve Diğerleri/Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 97; 5 Temmuz 2004 tarihli karar, *19 Tüccar/Kolombiya Davası*, Seri C No. 109, para. 211; 25 Kasım 2000 tarihli karar, *Bámaca Velásquez/Guatemala Davası*, Seri C No. 70, para. 160; 24 Ocak 1998 tarihli karar, *Blake/Guatemala Davası*, Seri C No. 36, para. 114; ve 25 Mayıs 2010 tarihli karar, *Chitay Nech ve Diğerleri/Guatemala Davası*, Seri C no. 212, para. 220.

arkadaşları söz konusu olduğunda aksi ispat edilene kadar hukuken geçerli karine (*juris tantum*) olarak kabul edilir. [...] Durumun özgün koşulları aksine işaret etmediği sürece, bu varsayım kaybedilen mağdurun kardeşlerine de uygulanır”¹⁸⁶ kararına varmıştır.

Benzer şekilde, Mahkeme’ye göre, “kaybedilen mağdurların yakınları da zorla kaybetme fiilinin mağdurları olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda hakikatin soruşturulması ve sorumluların yargılanması ve cezalandırılması hakların sahiptir.”¹⁸⁷

“Kaybedilen kişinin akıbetine ilişkin hakikatin saklanmaya devam etmesi aile fertlerine yönelik zalimane, insanlık dışı ve küçültücü muamele teşkil eder. Bu Mahkeme tarafından aile fertlerinin ıştırabıyla gerçeķleri bilme hakkının ilişkisi açıkça görünmektedir [...], bu da zorla kaybetmenin karmaşık yapısını ve neden olduğu çoklu sonuçlara ışık tutmuştur.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi¹⁸⁸

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, zorla kaybetmenin “mağdurun akıbeti ile ilgili bilgi almak için aylarca ve hatta yıllarca bekleyen bütün aile ve arkadaş çevresini de etkilemekte”¹⁸⁹ olduğu sonucuna varmıştır. Komisyon, ayrıca, “bu fiilin yapısı gereği, yalnızca kaybedilenler değil, yıllar boyu süren belirsizlik ve ıştıraba mahkum edilen ebeveynleri, eşleri ve çocukları ve diğer aile bireyleri de mağdurdur”¹⁹⁰ kararını vermiştir.

WGEID, ilk raporlarından itibaren, zorla kaybetmenin aile hayatına saygı hakkı ile beraber diğer ekonomik ve sosyal haklar da dahil kayıp ailelerinin bir dizi hakkının ihlal edilmesi anlamına geldiği

¹⁸⁶ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 227.

¹⁸⁷ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 118.

¹⁸⁸ A.g.e., para. 113.

¹⁸⁹ *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu (Annual report of the Inter-American Commission on Human Rights) - 1978*, OAS/Ser.L/II.47, doc. 13 Revs. 1, 29 Haziran 1979, Kısım II, s. 23.

¹⁹⁰ *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu (Annual report of the Inter-American Commission on Human Rights), 1986-1987*, Doc. Cit., Bölüm V, “II. Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme” (“II. Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons”).

değerlendirmesinde bulunmuştur.¹⁹¹ Dolayısıyla, WGEID, kayıp yakınlarının da "ıstırap veren bir belirsizliğe" maruz kaldıklarından zorla kaybetme suçunun mağdurları oldukları, diğer akrabalar ve maktülün bakmakla yükümlü olduğu kişiler de düşünülünce "büyümekte olan bir mağdur çemberi" ile karşı karşıya olunduğu kararına varmıştır.¹⁹² Bu bakımdan, WGEID, zorla kaybetme fiilinin aile bireylerinde sebep olduğu acı ve kedere ilişkin olarak, "bunlar işkence eşiğine ulaşan bir ıstıraba karşılık gelmekte, [...] [dolayısıyla] devlet, kaybedilen kişinin akıbeti ve nerede olduğu ile ilgili hakikati bilme hakkını sınırlandıramaz; zira bu kısıtlama yakınlarla uygulanan sürekli işkenceyi daha da şiddetlendirir ve uzatır"¹⁹³ demiştir. Benzer şekilde, WGEID "doğrudan ve dolaylı mağdurlar arasında ayırım yapmamaktadır; hem kaybedilen kişiyi hem de kaybetme fiili sonucu zarar görmüş kişileri zorla kaybetme mağduru, dolayısıyla tazminat alma hakkı sahibi olarak değerlendirmektedir. [...] [aynı şekilde,] 'mağdur' terimi, doğrudan mağdurun birinci dereceden akrabaları veya bakmakla yükümlü olduğu kişileri ve zor durumdaki mağdurlara yardım etmek veya mağduriyeti engellemek için araya girmeleri sonucu zarar gören kişileri de kapsamaktadır"¹⁹⁴ ifadesinde bulunmuştur.

"Zorla kaybetme fiiline maruz kalan erkekler evin ekmek getireni konumunda olduklarında aile fertlerinin mağduriyeti daha da artıyor. Bu durumda, erkeklerin zorla kaybedilmesi sonucu bütün aile zorla kaybetmenin mağduru oluyor. Aile yapısı tahrip olduğundan, kadınlar ekonomik, sosyal ve psikolojik olarak durumdan olumsuz etkileniyor. Duygusal zorluk, maddi yoksunlukla daha da yoğunlaşıyor ve sevdiklerini arama kararı aldıklarında ortaya çıkan masraflarla daha da şiddetleniyor.

¹⁹¹ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances)*, E/CN.4/1492, 31 Aralık 1981, par. 165 ve devamı.

¹⁹² BM Belgesi (UN DOC). E/CN.4/1990/13, para. 339.

¹⁹³ "Zorla Kaybetmeler Bağlamında Hakikat Hakkına İlişkin Genel Yorum" ("General Comment on the Right to the Truth in relation to enforced disappearance"), para. 4, *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu (Raporu Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances)* içerisinde, A/HRC/16/48, 26 Ocak 2011, para. 39.

¹⁹⁴ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances)*, A/HRC/22/45, 28 Ocak 2013, para. 51 ve 52.

Ayrıca, sevdiklerinin dönüp dönmeyeceklerini, dönecekse bile ne zaman döneceklerini bilmiyorlar; bu belirsizlik de onların bu yeni duruma alışmalarını daha da zorlaştırıyor. [...] Dolayısıyla zorla kaybetme sonucu sıklıkla ekonomik ve sosyal ötekileştirme yaşanıyor. Bu koşullarda sağlık, eğitim, sosyal güvence, mülkiyet ve aile hayatı hakları gibi bir dizi ekonomik, sosyal ve kültürel hak, Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nde ve diğer hukuk belgelerinde teminat altına alınmıştır."

Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu¹⁹⁵

Bu fiilin neden olduğu emniyetsizlik hissi yalnızca kayıp ailelerini ve yakınlarını etkilemekle kalmaz, kaybedilen kişilerin parçası olduğu toplulukları veya grupları, hatta toplumun kendisini de etkiler. WGEID, haklı olarak, zorla kaybetmelerin icra edildiği toplumlarda yıkıcı etkileri olduğu sonucuna varmıştır.¹⁹⁶ Aynı gözlem, 24. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı sırasında da yapılmış, zorla kaybetmelerin yalnızca kayıp aileleri için değil "ayrıca toplum için" büyük bir ıstıraba neden olduğu hatırlatılmıştır.¹⁹⁷ Dolayısıyla zorla kaybetme fiili, kayıp yakınlarının ailelerini olduğu gibi kaybedilenlerin ve ailelerinin parçası oldukları toplulukları da derinden etkileyen bir terör ortamı yaratmaktadır.

Zorla kaybedilen kişilerin ailelerinin de mağdur olarak nitelendirilmesi ulusal içtihatlar tarafından da teyit edilmiştir. Peru Anayasa Mahkemesi, "kişilerin zorla kaybedilmesi hem kaybedilen kişi hem de ailesi için zalimane bir belirsizlik hali yaratmakta ve aile de bu ağır fiilin doğrudan mağduru olmaktadır"¹⁹⁸ değerlendirmesini yinelemiştir. Kolombiya Anayasa Mahkemesi ise, uluslararası hukuk doğrultusunda, "zorla kaybetme suçu gibi insan

¹⁹⁵ Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu tarafından doksan sekizinci oturumunda zorla kaybetmelerden etkilenen kadınlarla ilgili olarak kabul edilen Genel Yorum (General comment on women affected by enforced disappearances adopted by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances at its ninety-eighth session) (31 Ekim - 9 Kasım 2012), A/HRC/WGEID/98/2, 14 Şubat 2013, para. 12.

¹⁹⁶ BM Belgesi (UN Doc) E/CN.4/1985/15, para. 291.

¹⁹⁷ 24. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı (24th International Conference of the Red Cross and the Red Crescent), Manila, 1981, Karar II "Zorla ya da İrade dışı Kaybetmeler" ("Forced or involuntary disappearances").

¹⁹⁸ 9 Nisan 2004 tarihli karar, Exp. No. 2798-04-HC/TC, Lima, *Gabriel Orlando Seea Navarrete Davası* ve 12 Ağustos 2005 tarihli karar, Exp. No. 4677-2005-PHC/TC, Lima, *Juan Nolberto Riseo Lazo Davası*.

hakkı ihlallerinin mağdurlarının birinci derece akrabaları da bütün yasal, anayasal ve konvansiyonel sonuçların kurbanı olarak değerlendirilme hakkına sahiptir”¹⁹⁹ yorumunu yapmıştır. Benzer şekilde, uluslararası hukukta kaydedilen gelişmeler doğrultusunda, yine Kolombiya Mahkemesi, zorla kaybedilen kişilerin aile bireylerinin zorla kaybetme suçunun doğrudan mağdurları olduğunu ve “hakikat, adalet ve tazminat hakları olduğunu; bunun aynı zamanda ulusal ve uluslararası hukuk tarafından *jus cogens* olarak tanındığını”²⁰⁰ belirtmiştir.

5. Çocukların Zorla Kaybedilmesi, Kaçırılması ve Alıkonulması

WGEID, deneyimlerine dayanarak, “çocukların zorla kaybetme mağduru olduğu üç durum tespit etmiştir. Birincisi, kendileri zorla kaybetme fiiline maruz kalan çocuklar. [...] İkinci durum, zorla kaybetme mağduru annenin alıkonulduğu sırada doğan çocuklardır. Bu durumda, çocuklar gizli gözaltı merkezlerinde doğmakta ve çoğunlukla gerçek kimliklerini gösteren belgeler de yok edilmekte veya tahrif edilmektedir. Son olarak ise, anneleri, babaları, yasal vasileri veya başka bir akrabalarının zorla kaybedilmesi sonucu mağdur olan çocuklar söz konusudur. Zorla kaybetme, bu insan hakkı ihlaline doğrudan maruz kalan kişilerin çok daha ötesine uzanan bir mağdurlar ağı oluşturmaktadır.”²⁰¹

¹⁹⁹ C-370/06 sayılı, 18 Mayıs 2006 tarihli karar, *Exp. D-6032, 975 sayılı 2005 tarihli Kanun’un 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 (5) ve (7), 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 ve 71. Maddelerine ilişkin anayasaya aykırılık davası*, para.6.2.4.2.8.

²⁰⁰ C-620/11 sayılı 18 Ağustos 2011 tarihli karar, LAT-363, “Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme”nin 20 Aralık 2006’da New York’ta benimsenmesi üzerine 1 Aralık 2010 tarihli 1418 sayılı Kanun hakkında Anayasaya Aykırılık Davası (*Lawsuit of Constitutionality of Law 1418 issued on 1 December 2010, whereby the “International Convention for the Protection of All Persons from Enforced disappearance” is adopted, in New York, 20 December 2006*).

²⁰¹ Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu tarafından doksan sekizinci oturumunda çocuklar ve zorla kaybetmelerle ilgili olarak kabul edilen genel yorum (*General Comment on children and enforced disappearances adopted by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances at its ninety-eighth session*) (31 Ekim – 9 Kasım 2012), A/HRC/WGEID/98/1, 14 Şubat 2013, para. 2.

a. Çocukların zorla kaybedilmesi

Çocukların zorla kaçırıldığıının erken dönemde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu²⁰² ve Zorla Kaybetmeler Çalışma Grubu tarafından ²⁰³ tespit edilmiş olduğu WGEID tarafından hatırlatılmıştır. Arjantin bağlamında, Amerikalılar Arası Komisyon, bu fiilin, "çocuklar, kaçırılmaları ve çalınmaları öncelikle ebeveynleri veya büyükanne ve büyükbabalarını cezalandırmak amacıyla gerçekleştirilse dahi, bu baskıcı fiilin doğrudan mağdurları ve özel 'hedefi' oldukları"²⁰⁴ anlamına geldiğini belirtmiştir.

"Çalışma Grubu bu üç zorla kaybetme durumuna ek olarak çocukların zorla kaybetme mağduru olabileceği başka durumlar olduğunun da farkındadır. Eğer devlet görevlileri doğrudan veya dolaylı olarak özel gruplarla iş yapıyor veya bu grupları destekliyorsa, özellikle çocuk işçiliği, çocukların cinsel sömürüsü veya organlarının satılması amacıyla göçmen çocukların kaçırılması veya çocuk ticareti yapan suç örgütlerinin faaliyetlerine izin veriyor veya göz yumuyorsa, bu durum da belli koşullarda zorla kaybetme olarak değerlendirilebilir. Sokaklarda yaşayan ve/veya çalışan çocuklar ve bakım kurumlarına yerleştirilen çocuklar, potansiyel olarak zorla kaybetme mağduru olabilecek, özellikle kırılgan bir durumda olabilirler. Ayrıca özellikle düzenli devlet ordularından ayrı ancak devletin desteği, izni veya göz yumması ile faaliyet gösteren silahlı örgütler tarafından zorla askere alınmaları da çocukları olası bir zorla kaybetme durumuna sokmaktadır." Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu²⁰⁵

²⁰² Bkz., örn.: *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Yıllık Raporu (Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights)*, OAS/Ser.L/V/II.47, doc. 13 rev.1, 29 Haziran 1979; *Arjantin'de İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Rapor (Report on the Situation of Human Rights in Argentina)*, OAS/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 11 Nisan 1980.

²⁰³ Bkz., örn.: *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu'nun İlk Raporu (First Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances)*, E/CN.4/1435, 22 Ocak 1981, para. 170 - 172.

²⁰⁴ Ebeveynlerinden koparılmış ve meşru aile fertleri tarafından geri istenen kaybedilmiş kişilerin küçük çocuklarının durumuna ilişkin bir çalışma" (A study about the situation of minor children of disappeared persons who were separated from their parents and who are claimed by members of their legitimate families"), *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Yıllık Raporu içerisinde, (Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights)*, 1987- 1988, OAS/Ser.L/V/II.74, Doc. 10, rev, 16 Eylül 1988.

²⁰⁵ *Çocuklar ve zorla kaybetmelerle ilgili genel yorum (General comment on children and enforced disappearances)*, Doc. Cit., para. 3.

İnsan Hakları Komitesi'ne göre, her zorla kaybetme ile birlikte ihlal edilen hakların yanı sıra, mağdur çocuk olduğunda, çocuk olarak *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*'nin 24. Maddesinde teminat altına alınan "özel koruma tedbirleri"ne erişme hakları da ihlal edilmektedir.²⁰⁶

Bu durum, zorla kaybetme suçunun tanımında yer almaktadır. Ayrıca, ICPED, çocuğun zorla kaybetme suçunun mağduru olmasının devletler tarafından suçu ağırlaştırıcı sebep olarak değerlendirilmesi gerektiğini öngörmektedir.²⁰⁷ Benzer şekilde, WGEID, "Çocukların zorla kaybedilmesinin çocuğa karşı şiddetin en ağır biçimlerinden biri olduğunu dikkate alarak, kaybedilen kişinin çocuk olması devletler tarafından ağırlaştırıcı sebep olarak değerlendirilmelidir"²⁰⁸ demiştir.

b. Kaybedilen anne veya babanın çocukları

WGEID, bir çocuğun ebeveynleri, vasisi veya akrabalarının kaybedilmesi durumunda da mağdur olduğunu hatırlatmıştır. Bu, kaybedilen kişinin aile fertlerinin de mağdur olduğu zorla kaybetme suçunun bünyesinde birden fazla suç bulundurmasıyla doğrudan ilgilidir. Bununla beraber, özgün koşulları dikkate alındığında, ebeveynlerinin veya akrabalarının kaybedilmesi sonucu çocuklar üzerinde oluşan hasarın bilhassa ağır olduğu anlaşılmaktadır.

Bu bağlamda, WGEID'ye göre, bu durumlarda, "çocukların zihinsel, fiziksel ve ruhsal bütünlükleri ağır bir şekilde hasar görmektedir. [Çocuklar] yaş ve kendi özgül koşullarına bağlı olarak değişen düzeylerde kayıp, terk edilme, yoğun korku, belirsizlik duyguları, keder ve acı hissetmektedir. [...] Çocukların ailelerinden ayrı konulması, kişilik bütünlüklerine kalıcı bir şekilde, özel ve bilhassa ağır etkiler bırakmakta, büyük bir fiziksel ve zihinsel tahribata yol açmaktadır. [...] Çocuklarının ebeveynlerinin zorla kaybedilmesi durumunda, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar dahil birçok çocuk hakkı tehdit edilmektedir. Birçok durumda, ebeveynlerinin

²⁰⁶ 26 Mart 1996 tarihli görüşler, 540/1993 sayılı Bildirim, *Celis Laureano/Peru*, para. 8.7.

²⁰⁷ Madde 7 (2)(b).

²⁰⁸ *Çocuklar ve zorla kaybetmelerle ilgili genel yorum (General Comment on children and enforced disappearances)*, Doc. Cit., para. 9.

kaybedilmesiyle ortaya çıkan yasal belirsizlik yüzünden çocuklar haklarından yararlanamamaktadırlar. Bu belirsizlik, kimlik hakkı, reşit olmayan çocukların yasal vasiliği, sosyal destek alma hakkı ve kaybedilen kişinin mülkiyetinin yönetilmesi gibi hususları etkileyerek birçok yasal sonuç doğurmaktadır. Bu durumlar çocukların eğitim, sağlık, sosyal güvence ve mülkiyet hakları dahil haklarından faydalanmaları önünde birçok engel yaratılmaktadır. Kaybedilen kişilerle akrabalık ilişkisi olan bazı çocuklar da 'bölücü veya 'terörist' olarak tanımlanan kişilerle ilişkilerinden dolayı damgalanmaktadır. Misilleme ve sosyal damgalama çocukların özel durumu dikkate alındığında bilhassa ağırdır; psikolojik ve duygusal travmalarını şiddetlendirmektedir."²⁰⁹

"Deneyimlere göre, çocuklar genelde zorla kaybetme suçundan özel olarak etkilenmektedir. En çok acıyı anneleri, babaları ya da her iki ebeveynin de kaybedilmesi durumunda yaşarlar ve çocuklukları boyunca umut ile umutsuzluk arasında gidip gelen sürekli bir belirsizlik içinde kalabilirler."

Manfred Nowak²¹⁰

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ise babası zorla kaybedilmiş olan bir kızın davasında şu ifadeyi kullanmıştır: "Mahkeme, babası kaybedildiğinde küçük bir çocuk olan dolayısıyla sürekli bir adalet arayışı ve babasının nerede olduğunun belirlenememesi sonucu yaşanan ıstırap ve belirsizlik ortamında büyümek zorunda kalmış Sayın García'nın kızı Alexandra'nın gelişiminin yaşananlardan etkilediğini dikkate almaktadır."²¹¹

c. Çocukların kaçırılması ve/veya alıkonulması

Annesinin alıkonması sırasında doğan bir çocuğun veya ebeveynleriyle beraber kaybedilen bir çocuğun "kaçırılması" ve ardından başka bir kimlikle alıkonulması veya "evlat edinilmek" üzere verilmesi ciddi bir suç olgusudur. Sorun karmaşıktır: Bazı durumlarda koruyucu aileler çocukların ailelerinden zor kullanılarak çalındığını bilmeyebiliyorken bazı durumlarda ise aileler durumu

²⁰⁹ A.g.e., para. 6 ve 9.

²¹⁰ Manfred Nowak tarafından sunulan rapor (...), Doc. Cit., para. 92.

²¹¹ 29 Kasım 2012 tarihli karar, García ve Aile Fertleri/Guatemala Davası, Seri C No. 258, para. 166.

biliyor veya hatta ebeveynlerin zorla kaybedilmesinden sorumlu failler dahi olabiliyor. Çoğunlukla koruyucu aileler başka ülkelerden gelmiş oluyor veya çocuğun kaçırılmasına iştirak ettikten sonra ülke diŐına çıkıyor.²¹²

Bu uygulama, 1970'ler ve 1980'ler boyunca Güney Konisi'ndeki askeri rejimlerle iliŐkilendirilmektedir. Bununla beraber, bu suç olgusu başka bağlamalarda yarımkürenin başka lkelerinde²¹³ ve dünyanın başka ülkelerinde de kaydedilmiŐtir ve devam etmesi uluslararası toplumda endiŐe yaratmaktadır.²¹⁴

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, bu uygulamayı her daim "uluslararası hukukun temel normlarının ihlali" olarak değerlendirmiştir: "Doğrudan mağdurların – bu durumda çocukların – kimlik ve isim haklarını (Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi 18. Maddesi [...]) ve hukuk önünde kişi olarak tanınma haklarını (Sözleşme'nin 3. Maddesi, Amerika İnsan Hak ve devleri Bildirgesi'nin XVII. Maddesi [...]) ihlal etmektedir. Benzer Şekilde, ocuk ve hamile kadınların özel koruma, ilgi ve yardım tedbirlerinden yararlanma haklarını (Sözleşme'nin 19. Maddesi ve Bildirge'nin VII. Maddesi) da ihlal etmektedir. Ayrıca, bu fiiller,

²¹² Bu bağlamda, diğerlerinin yanı sıra bkz.: Zorla ya da İrade DiŐı Kaybetmeler Hakkında alıŐma Grubu (Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances), Raporlar E/CN.4/1435, 22 Ocak 1981 (para. 170 ve 171); E/CN.4/1492, 31 Aralık 1981; ve *ocuklar ve zorla kaybetmelerle ilgili genel yorum (General comment on children and enforced disappearances)*, Doc. Cit.; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu (Inter-American Commission on Human Rights), "Ebeveynlerinden koparılmış ve aile fertleri tarafından geri istenen kaybedilmiş kişilerin kk çocuklarının durumuna ilişkin bir alıŐma" ("A Study about the situation of minor chilfrn of disappeared persons who were separated from their parents and who are claimed by members of their legitimate families"), Doc. Cit., 349 ve devamı; *Manfred Nowak tarafından sunulan rapor (...)*, Doc. Cit.; Ramón Torres Molina, "La problemática especıfica of the niŐos desaparecidos", in *La desaparición – Crimen de Lesa Humanidad, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Buenos Aires, 1987, s. 137-148*; *Grupo de iniciativa, La desaparición como Crimen de Lesa Humanidad, El "Nunca Más" ve la comunidad internacional*, Buenos Aires, 1989; Julio E. Nosiglia, *Botın de guerra*, Ed. Abuelas de Plaza May /Cooperativa Tierra Frtil, Buenos Aires, 1985.

²¹³ rneğin, El Salvador ve Kolombiya'da olduğu gibi.

²¹⁴ Bkz., rn.: BM Genel Kurul Kararları 51/94 1996 (para. 14), 53/150 1998 (Para. 14), 55/103 2000 (Para. 13), 57/215 2002 (para. 15), ve 59/200 2004 (para. 15). Ayrıca bkz.: İnsan Hakları Konseyi Kararı 7/12, (2008).

aileyi koruyan uluslararası hukuk normlarına (Sözleşme'nin 11. ve 17. Maddeleri ile Bildirge'nin V. ve VI. Maddeleri) da tehdit oluşturmaktadır. Ne bu haklar ne de diğer uluslararası hukuk belgelerinde çocuklar için özel olarak ifade edilen haklar devletin bağımsızlığını ya da güvenliğini tehdit eden olağanüstü durumlarda dahi askıya alınabilir (Sözleşme'nin 27 (2). Maddesi)."²¹⁵ İnsan Hakları Komitesi ise bu fiilin, mahremiyet, ailenin korunması ve çocuğun özel korunma ve kimlik haklarını (*Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 17, 23 (1) ve 24. Maddeleri*) ihlal ettiği değerlendirmesinde bulunmuştur.²¹⁶

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, hukuk önünde kişi olarak tanınma, yaşam, aile, kimlik ve isim, çocuklar için özel koruma tedbirleri, kişi bütünlüğü ve çocuğun onur ve haysiyetinin korunması haklarının ihlali olarak nitelendirmiştir.²¹⁷ Aynı şekilde Mahkeme, "çocukların hukuka aykırı bir şekilde yetiştirilmek üzere başka bir aileye verilmek amacıyla devlet görevlileri tarafından kimlikleri değiştirilerek ve nerede oldukları biyolojik ailelerine bildirilmeden kaçırılmaları [...] hakikati gizlemek ve çocuklarla aile fertlerinin tekrar ilişki kurmasını engellemek amacıyla bir dizi hukuka aykırı fiili ve hak ihlalini içeren karmaşık bir fiil teşkil etmektedir"²¹⁸ demıştır. Benzer şekilde, zorla kaybedilen ve doğum yaptıktan sonra hukuk dışı infaz edilen bir annenin davasında, Mahkeme'ye göre: "Davanın unsurları, kadın kişiliğinin özgür gelişiminin önemli bir parçası olan gebelikte şart koşulan özgürlükleri tehdit eden özel bir durum göstermektedir. [...] [ve] kadınlara karşı en ciddi ve menfur şiddet biçimlerinden biri olarak sınıflandırılabilir [...] diğer tutsaklara yapılan işkencelerin kolayca duyulabileceği gizli bir gözaltı merkezinde kızıyla beraber tutulmak

²¹⁵ "Ebeveynlerinden koparılmış ve aile fertleri tarafından geri istenen kaybedilmiş kişilerin küçük çocuklarının durumuna ilişkin bir çalışma" ("A study about the situation of minor children of disappeared persons who were separated from their parents and who are claimed by members of their legitimate families"), Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu (*Annual report of the Inter-American Commission on Human Rights*) içerisinde, 1987-1988, OAS/Ser.L/V/II.74, Doc. 10, rev.1, 16 Eylül 1988, Bölüm I(2)(e)(3).

²¹⁶ 3 Nisan 1995 tarihli görüşler, 400/1990 sayılı Bildirim, *Mónaco de Gallicchio/Arjantin*, Para. 10.4.

²¹⁷ 24 Şubat 2001 tarihli karar, *Gelman/Uruguay Davası*, Seri C No. 221.

²¹⁸ A.g.e., para. 120.

[...] ve yanından alındıktan sonra kızının nerede olduğunu bilmemek ve kızının geri kalan hayatını görememek fiziksel ve psikolojik ıstırabını şiddetlendirmiş, ağır keder, çaresizlik ve korku duygularını körüklemiştir. Bütün bu yaşananlar, bıraktığı büyük çaplı etki dikkate alınarak, kişinin psikolojik bütünlüğünün en ağır şekilde ihlal edilmesi olarak değerlendirilmelidir.”²¹⁹ Mahkeme, ayrıca, diğer aile fertleri ile ilgili olarak da, bu fiilin, “devletin aileye ciddi bir müdahalesi”²²⁰ ve ailenin zihinsel bütünlüğü ve korunması haklarının ihlali olarak değerlendirmiştir.

Yıllarca, uluslararası hukuk kapsamında bu ciddi suç olgusuna verilen karşılık oldukça yetersiz kalmıştır. Uluslararası belgelerde, zorla kaybedilen bir annenin tutsaklığı sırasında doğan ve genellikle “çalınan”, “alıkonulan” veya evlatlık “verilen” çocuklar meselesi, çocuk kaçırma ve bu çocukların tespit edilmesi, yerlerinin saptanması ve geri getirilmelerine yönelik uluslararası işbirliği kapsamında değerlendirilmekteydi.²²¹ 1980’lerden beri, hem suçun kendisini hem de mağdurlarının niteliğini ve ayrıca ihlal edilen hakları dikkate alarak, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, zorla kaybedilen annelerin tutsaklıkları sırasında doğan çocukların

²¹⁹ A.g.e., par. 97 ve 98.

²²⁰ A.g.e., par. 133 - 136.

²²¹ Örneğin, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction)*, çocukların bir ülkeden diğerine götürülmesinin ve yurt dışında tutulmalarının velayet hakkının ihlali olduğunu ilan etmiştir (Md. 3). Bu mesele, *Çocukların Uluslararası İadesine İlişkin Amerikalılar Arası Sözleşme (Inter-American Convention on the International Return of Children)* kapsamında da benzer kavramlarla ele alınmıştır. Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne (*Convention on the Rights of the Child*) göre, “Taraf devletler, herhangi bir amaçla veya herhangi bir şekilde çocukların kaçırılması, satılması ve ticaretinin yapılmasını önlemek için gerekli bütün ulusal, iki taraflı ve çok taraflı tedbirleri almalıdır” (Md. 35). *Ulusal ve Uluslararası Düzeyde Çocukları Aile Yanına Yerleştirme ve Evlat Edinmeye Özel Atıfla Çocuğun Korunması ve Esenliğine İlişkin Toplumsal ve Hukuki İlkeler Bildirisi (Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally)* (Md. 19) ve *Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı (African Charter on the Rights and Welfare of the Child)* (Md. 29) de meseleyi benzer şekilde ele almaktadır. *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme (Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons)* ise meseleyi yalnızca çocukların aranmasına dönük uluslararası dayanışma açısından ele almaktadır (Md. XII).

kaçırılması ve alıkonulmasının ve bu çocukların kimlik bilgilerinin yok edilmesi veya deęiŐtirilmesinin suç kapsamına alınması gerektiğini belirtmiştir.²²² Dolayısıyla Komisyon, 1988’de Zorla Kaybetme’ye Karşı Amerikalılar Arası Sözleşme Taslağı’na bu bağlamda bir hüküm dahil etmiştir.²²³ Buna rağmen, önerilen madde korunmamıŐ ve IACFDP söz konusu sorunu, “ebeveynleri veya vasilerinin zorla kaybedilmesi sonucu başka bir ülkeye gönderilen veya orada tutulan çocukların aranması, kimliklerinin ve yerlerinin tespit edilmesi ve evlerine geri döndürölmeleri”²²⁴ ne yönelik uluslararası işbirliğinin bir parçası olarak ele almakla sınırlandırılmıŐtır.

DED, meseleyi “[I] Zorla kayıp edilmeye maruz kalmış ebeveynlerin çocukları ve zorla kayıp edilmiş annelerin bu sırada doğan çocuklarının kaçırılmasını engellemeli ve durdurmalıdır [... ve] zorla kayıp edilmeye maruz kalmış ebeveynlerin çocukları ve zorla kayıp edilmiş annelerin bu sırada doğan çocuklarının kaçırılmasını, bu çocukların gerçek kimliklerini ispat eden belgelerin tahrif edilmesi veya ortadan kaldırılması eylemleri çok ağır bir suç teşkil etmektedir ve buna uygun biçimde cezalandırılır”²²⁵ maddesini ekleyerek ele almıştır.

Ancak, ICPED’de bu husus çok daha ayrıntılı değerlendirilmiştir. Sözleşme’nin 25 (1) maddesine göre, “Taraf Devletlerden her biri kendi ceza kanunu kapsamında Şu fiilleri önlenmek ve cezalandırmak adına gerekli önlemleri alacaktır: a) Kendileri zorla kaybedilmeye maruz kalan ya da annesi, babası veya yasal vasisi zorla kaybedilen çocuklar ile zorla kaybedilen bir annenin kayıp

²²² “Ebeveynlerinden koparılmış ve aile fertleri tarafından geri istenen kaybedilmiş kişilerin küçük çocuklarının durumuna ilişkin bir çalışma” (“A study about the situation of minor children of disappeared persons who were separated from their parents and who are claimed by members of their legitimate families”), Doc. Cit.

²²³ Sözleşme Taslağı’nın 19. Maddesi’ne göre, “Taraf Devletler, kaybedilen ebeveynlerin veya annelerinin gizli bir yerde tutulduğu esnada doğan çocukların alıkonmasını ve başka ailelere usulsöz bir Şekilde evlatlık verilmelerini önlemek ve cezalandırmak için ortak çaba sarf etmelidir. Bu amaçla, kendi iç mevzuatlarında herhangi bir kişinin kimliğinin tahrif edilmesi veya ortadan kaldırılmasına ve çocukların kaçırılmasına ilişkin suçları cezaya tabi tutmalıdır.”

²²⁴ Madde XII.

²²⁵ Madde 20 (1 ve 3).

olduğu sırada doğan çocuğunun haksız yere başka yerlere götürülmesi; b) Yukarıdaki (a) paragrafında sözü edilen çocukların gerçek kimliklerine ilişkin belgelerin tahrif edilmesi, gizlenmesi veya yok edilmesi". Bu sözleşmeye ilişkin müzakerelerde, devlet delegasyonları bu fiilleri suç olarak tanımlama gereğinden bahsetmiş²²⁶ ve WGEID, Sözleşme Taslağı ile ilgili yorum yaparken Taraf Devletler tarafından "ebeveynleri zorla kaybedilen ve annesinin zorla kaybedilme sürecinde doğan çocukların kaçırlmasının önlenmesi ve cezalandırılması"²²⁷ yükümlülüğünün alınmasını memnuniyetle karşılamıştır.

Bölgede, özellikle Arjantin'de, konu ile ilgili önemli içtihat hukuku geliştirilmiştir.²²⁸

Bu çerçevede, Arjantin'de bir mahkeme, "çocukların hakları ve güvencelerinin, haysiyetle yaşama haklarının, savunmasız birisinin biricik olma hakkının elinden alınmasının engellenmesinin, kişinin kendi geçmişiyle ilgili hakikati bilme ve ailesinin yanında büyümeye dair (devredilemez) hakkının ve aile fertlerinin de savunmasız çocuklarıyla beraber olma haklarının tehlike altında olduğu"²²⁹ kararını vermiştir.

²²⁶ *Tüm kişilerin zorla kaybetmeden korunmasına ilişkin yasal olarak bağlayıcı normatif bir belge taslağı oluşturmak adına Oturumlararası Açık Uçlu Çalışma Grubu'nun Raporu, Raportör Başkan: Sr. Bernard Kessedjian (Fransa), E/CN.4/2003/71, 12 Şubat 2003, para. 89.*

²²⁷ BM Belgesi (UN Doc. E/CN.4/2001/68, Ek III, p. 35.

²²⁸ Diğerlerinin yanı sıra bkz.: Federal Başkent 6 Numaralı Federal Ceza Mahkemesi'nde Görülen Dava (Oral Trial in Federal Criminal Court No. 6 of the Federal Capital), 30 Nisan 2009 tarihli karar, Dava no. 127, "REI, Víctor Enrique, 10 yaşında çocuğun kaçırlması"; Federal Başkent 6 Numaralı Federal Ceza Mahkemesi'nde Görülen Dava, 17 Eylül 12 tarihli karar, Dava No 1351, 1499, 1584, 1604, 1730 ve 1772 ; Federal Ceza Mahkemesi (Federal Criminal and Correctional Court), II. Daire, 9 Kasım 2001 tarihli karar, Dava no. 17.890 "Del Cerro, J. A. şikayet ", Federal Mahkeme No.4, Sec. NO. 7, Reg. N 19.191; Federal Ceza Mahkemesi (Federal criminal and correctional court) No. 1, Sec. 2, San Isidro, Temmuz 1998 tarihli karar, Dava no. 1284/85, "Videla, Jorge Rafael ve diğerleri. 146, 293 ve 139, inc. 2., Ceza Kanunu"; Buenos Aires'in 5 Numaralı Federal Ceza Mahkemesi'nde Görülen Dava (Oral Trial in Federal Criminal Court No. 5 Buenos Aires), 16 Eylül 2014 tarihli karar, Pablo Gaona Miranda Davası.

²²⁹ Federal Birinci Derece Mahkeme Hakimi Juan M. Ramos Padilla'nın kararı, 19 Ocak 1988, Dava no. 6681.

II BÖLÜM: HUKUK DIŞI İNFAZ*

“Yaşam, kişi özgürlüğü ve güvenliğı hakları bütün insan haklarının can damarı ve temelidir. Bu nedenle bu haklar koşulsuz olarak gözetilmelidir. Bu haklara istisnalar getirilmesinin veya bu hakların Őarta bağılanması ya da sınırlandırılmasının gerekçelendirilmesi ahlaken kabul edilemez. Bu hakların gözetilmesi ve özgürce ve bütünüyle kullanılmalarının teminat altına alınması devletin sorumluluğundadır. Hukuk sisteminde bu hakları teminat altına alacak açık bir hukuk normu yoksa, anayasal süreçler ve Amerika Sözleşmesi'nin hükümleri uyarınca gerekli mevzuat veya diğere tedbirler kabul edilmelidir.”

Peru Anayasa Mahkemesi²³⁰

1. Yaşam Hakkı ve Keyfi Olarak Yaşamdan Yoksun Bırakılma

Keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakılmama hakkı evrensel olarak teminat altına alınmıştır.²³¹ Bu hakkın diğere bütün hakların kullanılabilmesi için temel teşkil ettiğı açıktır. Dolayısıyla, bu

* Rehberin İngilizce çevirisinde devlet veya devletin teşviki, onayı ve korumasıyla hareket eden güçler tarafından işlenen cinayetler “extrajudicial execution”; kolluk kuvvetlerinin yasa diŐi, orantısız veya aşırı güç kullanımı sonucu gerçekleşen ölümler “arbitrary execution”; ölüm cezasının yürürlükte olduğı durumlarda bir kimsenin adil yapılmayan bir yargılama sonucunda bu cezaya çarptırılması hali ise “summary execution” olarak kavramsallaştırılmıştı. Bu üç terimi sırasıyla “hukuk diŐi infaz”, “keyfi infaz” ve “kısa yoldan infaz” olarak Türkçeleştirmeyi uygun gördük. Türkiye literatüründe ilk durumu ifade etmek için kullanılan “siyasi cinayet” ya da “yargısız infaz” kavramlarına ise bu metinde yer verilmemiştir.

²³⁰ 18 Mart 2004 tarihli karar, Exp. No. 2488-2002-HC/TC, Piura, *Genaro Villegas Namuche Davası*, para. 10.

²³¹ *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (Universal Declaration of Human Rights)* (Md. 3); *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Covenant on Civil and Political Rights)* (Md. 6); *Çocuk Hakları Sözleşmesi (Convention on the Rights of the Child)* (art. 6); *Tüm Göçmen İşçilerin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers)* (Md. 9); *Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme (Convention on the Rights of Persons with Disabilities)* (Md. 10); *Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge (Declaration on the Elimination of Violence against*

sınırlanamayan bir hak olarak koruma altına alınmıştır.²³² Bu hakkın temel teşkil eden mahiyeti uluslararası içtihatlarda da birçok kez yinelenmiştir. Bu doğrultuda, İnsan Hakları Komitesi'nin kararına göre, keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakılmama hakkı, "insanlığın üstün kanunu"dur. Bu durumda kişinin devlet yetkilileri tarafından yaşamından yoksun bırakılması çok ciddi bir meseledir."²³³ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ise, defalarca, "yaşam hakkı temel bir insan hakkıdır. İnsanlar ancak yaşam hakkından tam olarak yararlanabildikleri takdirde diğer insan haklarından yararlanabilirler. Dolayısıyla bu hakkı sınırlamaya yönelik herhangi bir yaklaşım kabul edilemez"²³⁴ kararını yinelemiştir. Benzer şekilde, Mahkeme, "yaşam hakkı gözetilmezse, diğer bütün haklar anlamsız kalır"²³⁵ demiştir.

"Yinelemek ne kadar gereksiz görünse de yaşam hakkı hiçbir zaman askıya alınamaz. Devletler, hiçbir koşulda, kamu düzenini yeniden tesis etmek için yasa dışı veya kısa yoldan infaza başvuramaz. Bu tür tedbirler, devletlerin anayasaları ve kişilerin temel haklarını koruyan uluslararası hukuk belgelerinde yasaklanmıştır. [...] Devletler, yıkıcı terör ile mücadele etmek için devlet terörüne başvuramaz. Hukukun üstünlüğü iktidar sahiplerini yönlendiren kılavuz olmalıdır. Yetkililer ve özel kişiler

Women) (Md. 3); *Yerli Halkların Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Bildirgesi (United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)* (Md. 7); *Yaşadıkları Ülkenin Uyuğu Olmayan Bireylerin İnsan Hakları Bildirisi (Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals of the Country in which They Live)* (Md. 5(1)(a)); *Amerika İnsan Hak ve Ödevleri Bildirisi (American Declaration of the Rights and Duties of Man)* (Md. 1); *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (American Convention on Human Rights)* (Md. 4); *Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (African Charter on Human and Peoples' Rights)* (Md. 4); *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (European Convention on Human Rights)* (Md. 2); ve *Arap İnsan Hakları Şartı (Arab Charter on Human Rights)* (Md. 6).

²³² *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Madde 27 (2) ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Madde 4 (2).*

²³³ 31 Mart 1982 tarihli görüşler, 45/1979 sayılı Bildirim, *Suárez Guerrero/Kolombiya Davası*, para. 13.1.

²³⁴ 4 Temmuz 2007 tarihli karar, *Zambrano Vélez ve Diğerleri/Ekvador Davası*, Seri C No. 166, para. 78. Ayrıca bkz.: 19 Kasım 1999 tarihli karar, *Sokak Çocukları (Villagrán Morales vd.)/Guatemala Davası*, Seri C No. 63, para. 144; 25 Kasım 2006 tarihli karar, *Miguel Castro Castro Hapishanesi/Peru Davası*, Seri C No. 160, para. 237; ve 31 Ocak 2006 tarihli karar, *Pueblo Bello Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 140, para. 119.

²³⁵ 3 Mart 2005 tarihli karar, *Huilca Tecse/Peru*, Seri C No. 121, para. 65.

tarafından işlenen suçları cezalandırmaya yetecek kaynağa ve güce sahip bağımsız bir yargı sistemi yaşam hakkını kaybolan değerine kavuşturmak için kullanılacak temel unsurlardan biri olmalıdır. Komisyon, ayrıca, Bolivya ve Uruguay gibi diğer ülkelerde, daha küçük çapta, usulsüz koşullarda gözaltına alma esnasında veya nezaretteyken meydana gelen ölüm vakalarını da incelemiştir. Bu vakalar da yalnızca ölümle sonuçlanmış ya da kısa yoldan infaza başvurulmuş olması nedeniyle değil, sorumluların soruşturulmaması ve cezalandırılmaması nedeniyle de Komisyon' u endişelendirmektedir."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu²³⁶

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, "yaşam hakkı, her şeyden önemlidir; zira diğer haklar için ön şart oluşturmaktadır. Yaşam hakkı, Sözleşme'nin teminatlar sisteminde temeldir; dolayısıyla ilgili hükümleri harfiyen yorumlanmalıdır"²³⁷ demiştir. Benzer şekilde, Komisyon, "yaşam hakkı, geniş ölçüde insanın üstün hakkı ve diğer bütün haklardan yararlanabilmek için zorunlu şart (*conditio sine qua non*) olarak tanınmaktadır"²³⁸ ifadesinde bulunmuştur. Ayrıca, kararında, "Yaşam hakkının, hem bölgesel hem de uluslararası düzeyde, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi ve bir dizi uluslararası hukuk belgesinde insanın temel hakkı olarak anlaşılması *jus cogens*'tir. Diğer bir deyişle, uluslararası hukukun üstün bir normudur; bundan dolayı sınırlandırılmaz"²³⁹ demiştir.

Amerikalılar Arası Mahkeme, yaşam hakkının devredilemez yapısına dayanarak, "Devletlerin, hem bu devredilemez hakkın ihlal edilmemesini sağlamak için gerekli koşulları oluşturmayı garanti etmekle hem de bu hakkın devlet görevlileri veya özel kişiler tarafından ihlal edilmesini önlemekle yükümlü"²⁴⁰ olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, güçlü bir şekilde vurgulayarak bu hakkın,

²³⁶ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun Yıllık Raporu (*Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*), 1980 -1981, OAS/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev.1, 16 Ekim 1981, s. 112.

²³⁷ Rapor No. 32/99, Dosya No. 10.759 (Guatemala), para. 122.

²³⁸ Rapor No. 62/02, Dosya No. 12.285, *Michael Dominguez (Birleşik Devletler)*, 22 Ekim 2002, para. 38.

²³⁹ Rapor No. 52/97, Dosya No. 11.218, *Arges Sequeira Manga (Nikaragua)*, para. 145.

²⁴⁰ 4 Temmuz 2007 tarihli karar, *Zambrano Vélez ve Diğerleri/Ekvador Davası*, Seri C No. 166, para. 79.

“yalnızca kişinin yaşamından yoksun bırakılmamasını (negatif yükümlölük) değil, aynı zamanda devletlerin kendi yargı yetkisi kapsamındaki her bireyin hakkını tamamıyla ve özgürce kullanmasını sağlamak görevinin bir parçası olarak yaşam hakkını korumak ve sakınmak için bütün uygun tedbirleri almasını (pozitif yükümlölük) gerektirmektedir”²⁴¹ demiştir. İnsan Hakları Komitesi, “Taraf Devletler, sadece suç teşkil eden fiillerle kişilerin yaşamlarından yoksun bırakılmalarını engellemek ve cezalandırmak adına değil, aynı zamanda kendi güvenlik güçleri tarafından keyfi öldürmelerin önüne geçmek adına da tedbir almalıdır. [...]. Dolayısıyla, kişinin hangi koşullar altında yetkililer tarafından yaşamından yoksun bırakılabileceği kanunen sıkı bir şekilde denetlenmeli ve kısıtlanmalıdır”²⁴² ifadesinde bulunmuştur. Bu arada, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, “Bu hakkın [korunmasının] iki boyutu vardır: Bir taraftan kimsenin keyfi olarak yaşamından yoksun bırakılmayacağı ön koşulunu koyarken, diğer taraftan devletlerin yaşamı teminat altına almak için gerekli tedbirleri almasını gerektirmektedir. [...] Devletin görevi, kendi yargı yetkisi kapsamındaki her bireyin yaşam hakkının ve keyfi olarak yaşamından yoksun bırakılmama hakkının ihlal edilmemesini teminat altına almaktır. Bu görev, söz konusu hakkın ortadan kaldırılmasına neden olabilecek durumların makul tedbirlerle önlenmesi anlamına gelmektedir. Gerekli özen ilkesi, ihmal sonucu dahi olsa bu hakkın ortadan kaldırılmasına neden olabilecek durumları da makul tedbirlerle önlemeyi devletin görevi kılar. [...] yaşam hakkının devletler için yarattığı görevler doğaları gereği hem önleyici hem de düzelticidir”²⁴³ demiştir.

Temel niteliği sebebiyle, uluslararası hukukta, kişinin keyfi olarak değil kanunlara uygun bir şekilde yaşam hakkından yoksun bırakılmasına dair ilkeler, kıstaslar ve koşullar katı ve sınırlayıcı bir biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, uluslararası hukukta, ölüm

²⁴¹ 3 Nisan 2009 tarihli karar, *Kawas Fernández/Honduras Davası*, Seri C No. 196, para. 74; ve 25 Kasım 2006 tarihli karar, *Miguel Castro-Castro Hapishanesi/Peru Davası*, Seri C No. 160, para. 237.

²⁴² 6 Numaralı Genel Yorum (General Comment No. 6), *Yaşam Hakkı (Madde 6)*, para. 3.

²⁴³ Rapor No. 32/99, Dosya No. 11.677 (Guatemala), par. 122 a 124.

cezasının uygulanması²⁴⁴ ve zor ve ateşli silah kullanımı²⁴⁵ sıkı bir şekilde düzenlenmiştir. Zor ve ateşli silah kullanma durumunda bu kurallar, *Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler ve Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* başta olmak üzere bir dizi uluslararası hukuk belgelerinde düzenlenmiştir. Bu ilkelere atıfla, Birleşmiş Milletler hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar Özel Raportörü Amos Wako (1982-1991), "ilkeler kapsamında oluşturulan standartların gerisinde kalan devlet uygulamaları, hiÇbir devlet görevlisi kısa yoldan veya keyfi infazlara doğrudan karıŐmiŐ olmasa bile, devletin sorumluluğunun göstergesi olarak değerlendirilebilir"²⁴⁶ demiştir. Uluslararası iÇtihat hukuku, hem bu kıstas ve koşulları geliŐtirmiŐ hem de yaşamdan yoksun bırakma fiilinin meşru mu yoksa keyfi mi olduğunu değerlendirirken bu kıstas ve koşulları aŐıklıĐa kavuŐturmuŐtur.²⁴⁷

²⁴⁴ *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* (Md. 6(4)); *Ölüm cezasına ħarpıtılanların haklarının korunmasını teminat altına alana tedbirler (Safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty)* (Md. 7); *Çocuk Hakları Sözleşmesi (Convention on the Rights of the Child)* (Md. 37(a)); *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi* (Md. 4(6)); *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi* (Md 4); ve *Amerika Kitasında Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunmasına dair İlkeler ve İyi Uygulamalar (Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas)* (İlke V).

²⁴⁵ Bu kuralların bilhassa düzenlendiği metinler: Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından 1989/65 sayılı, 24 Mayıs 1989 tarihli Kararında tavsiye edilen *Yasa Dışı, Keyfi ve Hukuk dışı İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler (Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal, Arbitrary and Summary Executions)*; Genel Kurul tarafından 34/169 sayılı, 17 Aralık 1979 tarihli Kararında kabul edilen *Kolluk Kuvvetleri Davranış Kuralları (Code of Conduct for Law Enforcement Officials)*, ve 27 AĞustos – 7 Eylül 1990'da Havana'da düzenlenen Birleşmiş Milletler Sekizinci Suçun Önlenmesi ve Suçuların Islahı Kongresinde Kabul edilen *Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler (Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials)*.

²⁴⁶ BM Belgesi (UN Doc. E/CN.4/1990/22, para. 463. Ayrıca bkz., UN Doc. E/CN.4/1991/36, para. 591.

²⁴⁷ Diğerlerinin yanı sıra bkz.: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (Inter-American Court of Human Rights): 4 Temmuz 2007 tarihli karar, *Zambrano Vélez ve Diğerleri/Ekvador Davası*, Seri C No. 166; 19 Kasım 1999 tarihli karar, *Sokak Çocukları (Villagrán Morales ve Diğerleri)/Guatemala Davası*, Seri C No. 63; 25 Kasım

Yaşamdan keyfi olarak yoksun bırakılmama hakkı uluslararası insancıl hukuk kapsamında da korumaya alınmıştır.²⁴⁸ Bu bakımdan, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, “yaşam hakkının sınırları bir silahlı çatışma kapsamında değişebilir; ancak keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakma yasağı mutlak olarak devam etmektedir. Sözleşme’de, yaşam hakkının, silahlı çatışmalar ve yasal olağanüstü haller dahil olmak üzere hiçbir koşulda askıya alınamayacağını açıkça ifade edilmektedir”²⁴⁹ demiştir. Aynı şekilde, Amerikalılar Arası Komisyon’un açıklamasına göre, “uluslararası insancıl hukuk, silahlarını bırakmayan veya savaş dışı kalmış durumda (*hors de combat*) olmayan düşman savaşçılarının hedef alınmasını veya öldürülmesini yasaklamamaktadır. Dolayısıyla, savaşçının bu koşullarda ölümü yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirilmez. Ancak, uluslararası insancıl hukuk, silahlı çatışma taraflarının savaşırken başvurabileceği yol ve yöntemleri kısıtlayarak savaşçıların yaşamlarını veya yasalar çerçevesinde yaşamlarından yoksun bırakılabilecekleri şekilleri de bir ölçüde koruma altına almaktadır. Örneğin zehirli gaz veya bakteriyolojik araçlar gibi haddinden fazla eziyete neden olan bazı silahların kullanımının sınırlandırılması veya yasaklanması bu kapsamdadır.

2006 tarihli karar, *Miguel Castro-Castro Hapishanesi/Peru Davası*, Seri C No. 160; 31 Ocak 2006 tarihli karar, *Pueblo Bello Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 140; ve 19 Ocak 1995 tarihli karar, *Neira Alegria ve Diğerleri/Peru Davası*, Seri C No. 20). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (European Court of Human Rights), 4 Mayıs 2001 tarihli karar, *McKerr/Birleşik Krallık*, Başvuru No. 00028883/95; 19 Şubat 1998 tarihli karar, *Kaya/Türkiye*; ve 5 Eylül 1995 tarihli karar, *McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık*. İnsan Hakları Komitesi (Human Rights Committee): 31 Mart 1982 tarihli görüşler, 45/1979 sayılı Bildirim, *Guerrero/Kolombiya*; 24 Ekim 2002 tarihli görüşler, *Gustavo Coronel Navarro ve diğerleri/Kolombiya*, 778/1997 sayılı Bildirim; 29 Temmuz 1997 tarihli görüşler, *Villafañe Chaparro ve Diğerleri/Kolombiya*, 612/1995 sayılı Bildirim. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu (Inter-American Commission on Human Rights): *Terörizm ve İnsan Hakları Raporu (Report on Terrorism and Human Rights)*, OAS/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 Ekim 2002.

²⁴⁸ Diğerlerinin yanı sıra bkz.: Cenevre Sözleşmeleri’nin Ortak 3. Maddesi (Common Article 3 of the Geneva Conventions); III. Cenevre Sözleşmesi (III Geneva Convention) (Md. 100 - 107); IV. Cenevre Sözleşmesi (IV Geneva Convention) (Md. 68, 74 ve 75); I. Protokol (Protocol I) (Md. 75.2,a, 76.3, 77.5 ve 85.3) ve II. Protokol (Protocol II) (Md. 4.2(a) ve 6.4).

²⁴⁹ *Terörizm ve İnsan Hakları Raporu (Report on Terrorism and Human Rights)*, OAS/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 revs. 1 corr., 22 Ekim 2002, para. 86.

[...] Uluslararası insancıl hukuk kapsamında savaş yoll ve yöntemlerini düzenleyen kurallar, ayrıca, sivillerin ve teslim olan veya yaralanma, hastalık, gözaltı veya başka bir sebeple savaş dışı kalan savaşçılarının yaşamlarını, bu kategorilerdeki insanlara saldırılmasını yasaklayarak korumaktadır.²⁵⁰

Uluslararası Kızıl Haç Komitesi, öldürme yasağının örfi uluslararası insancıl hukukunun bir kuralı olup hem uluslararası hem de ulusal silahlı çatışmalar için geçerli olduğu sonucuna varmıştır.²⁵¹ Bu yasaak, çatışmada yer almamaları ve veya düşmana zarar verecek faaliyetlerde bulunmamaları koşuluyla, siviller, savaş dışı kalmış (*hors de combat*) savaőçılar, savaş esirleri ve uluslararası insancıl hukuk korumasında olan bazı insan kategorileri için geçerlidir.²⁵² Örneğın, temel adil yargılanma garantileri gözetilmeksizin sivillerin veya *hors de combat* olarak değerlendirilen savaşçılarının kasten öldürölmeleri, amansız veya merhametsiz savaş veya savaş esirlerinin ölüml cezasına çarptırılması savaş suçu teşkil etmektedir.²⁵³

Bu bağlamda, Kolombiya Anayasa Mahkemesi'ne göre, "kendileri de birçok durumda *jus cogens* niteliğe haiz olan insancıl ilkelerden köken alan temel haklar esasen şunlardır: [...] (ii) öldürme

²⁵⁰ A.g.e., para. 100 ve 101.

²⁵¹ Kural 89, "Cinayet yasaktır" (Rule 89, "Murder is prohibited"), Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, *Örfi Uluslararası İnsancıl Hukuk (Customary International Humanitarian Law) Cilt No. 1 Kurallar*, Ed. ICRC, 2007, s. 335.

²⁵² Örneğın Birleşmiş Milletler'in sağılık, din, tıp ve insani yardım personeli ve barış gücü personeli veya diğer sivil toplum örgütleri ve gazeteciler.

²⁵³ Bkz: I. Cenevre Sözleşmesi (I Geneva Convention) (Md. 50); II. Cenevre Sözleşmesi (II Geneva Convention) (Md. 51); III. Cenevre Sözleşmesi (III Geneva Convention) (Md. 130); IV. Cenevre Sözleşmesi (IV Geneva Convention) (Md. 147); Cenevre Sözleşmeleri I. Protokolü (Protocol I of the Geneva Conventions) (Md. 75.2 ve 85.3); Cenevre Sözleşmeleri II. Protokolü (Protocol II of the Geneva Conventions) (Md. 4.2); Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü (*Rome Statute of the International Criminal Court*) (Md. 8); *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda)* (Md. 2); *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia)* (Md. 2); ve *Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü (Statute of the Special Court for Sierra Leone)* (Md. 3).

yaşadı.”²⁵⁴ Benzer şekilde, Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre, “uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamında öldürme yasağı, diğer birçok temel güvence gibi, savaşmayanları, diğer bir deyişle çatışmalarda yer almayan sivilleri ve savaş dışı (*hors de combat*) kalmış kişileri kapsamaktadır [...] [ve] bizatihi kendisi *jus cogens*'tir. Bu bakımdan, uluslararası insan hakları hukukunun sınırlanamayan bir garantisi olan yaşam hakkı için uluslararası insancıl hukukta geçerli olan yasağın, bu hakkın emredici veya zorunlu mahiyetinin bir kanıtı olduğu unutulmamalıdır. Benzer şekilde, iç çatışma bağlamında, sivil veya savaş dışı kaşmış kişilerin yaşam haklarından yoksun bırakılmaları, savaşanlar ve siviller arasında ayırım yapma ilkesi, sivillere saldırma yasağı veya gelişigüzel saldırma ve silah kullanma yasağı gibi kesin yasakların ihlali anlamına gelmektedir.”²⁵⁵

2. Yaşam Hakkından Keyfi Olarak Yoksun Bırakma Yöntemleri

Yaşamdan keyfi olarak yoksun bırakılmama hakkının ihlalleri geniş bir olgu ve uygulama yelpazesini kapsamaktadır. Örneğın, bu hakkın ihlali olarak değerdendirilenler arasında: Uluslararası hukuk kapsamında yasaklanan koşullarda ölüm cezası uygulanması; özgürlüklerinden alıkonan kişilerin kendi hallerine terk edilmeleri, aşırı güç kullanımı ve/veya alıkonanların bütünlüklerini tehdit eden gözaltı koşulları sonucu meydana gelen ölümler; kolluk görevlileri tarafından aşırı ve/veya kanuna aykırı ölümcül güç kullanımı sonucu meydana gelen ölümler; devletin yetkisi, müsamahası veya göz yumması ile hareket eden devlet güvenlik güçlerinin, paramiliter grupların, ölüm mangalarının ve diğer grupların saldırıları sonucu meydana gelen ölümler; ve sivillerin, savaş dışı kalmış savaşçıların ve uluslararası insancıl hukuk kapsamında “koruma altında olan kişilerin” kasten öldürülmeleri.

“Komisyon, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 3. Maddesinde çatışmalarda gözetilmesi gereken asgari kuralların düzenlendiğini ve bu

²⁵⁴ C-291/07 sayılı 25 Nisan 2007 tarihli karar, Exp. D-6476, 599 sayılı 2000 tarihli Kanun'un 135, 156 ve 157. Maddelerine ilişkin anayasaya aykırılık davası ve 522 sayılı 1999 tarihli Kanun'un 174, 175, 178 ve 179. Maddelerine ilişkin anayasaya aykırılık davası, Değerdendirme 5.4.2.

²⁵⁵ A.g.e.

kuralların, Peru'nunki de dahil bütün iç çatışmalarda hem devletin silahlı kuvvetleri hem de muhalif silahlı gruplar için zorunlu olduğunu belirtmiştir. [...] Bu tür çatışmalar sırasında, Amerika Sözleşmesi'nin sınırlanamayan normları Ortak 3. Maddenin hükümleri ile beraber eş zamanlı olarak geçerlidir. Bilhassa, hem Amerika Sözleşmesi'nin 4. Maddesi ve hem de Ortak 3. Madde, diğerlerinin yanı sıra, yaşamdan keyfi olarak yoksun bırakmayı yasaklamaktadır. [...] silahlı çatışmaları düzenleyen uluslararası teamül hukuku standartları ve Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 3. Maddesi, savaşçıların genel olarak sivillere ve sivil halka saldırmalarını yasaklamaktadır. Bu bakımdan, bir sivil, silahlı bir çatışmada, ancak ve ancak çatışmada doğrudan yer aldığı, diğer bir deyişle bireysel ya da bir grubun üyesi olarak savaşçı rolü üstlendiği zaman doğrudan şahsına yönelik saldırıya karşı korumasını kaybeder. Gazeteciler ve muhabirler savaş bölgelerinde dolaylı olarak, kazara veya meşru askeri hedeflere yönelik saldırıların tali sonucu olarak ölme veya yaralanma riski alsalar da, Hugo Bustíos ve Alejandro Arce'ye yönelik saldırıların koşullarına bakıldığında, yaşananların tesadüfi değil kasıtlı olduğu açıkça anlaşılmalıdır.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu²⁵⁶

Bu arada, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, yaşam hakkının temel ve devredilemez doğasını dikkate alarak, “Devletlerin, [...] görevlilerinin veya özel kişilerin bu hakkı ihlal etmelerini önlemekle görevli olduklarını”²⁵⁷ belirtmiştir.

Benzer şekilde, Mahkeme kararı uyarınca, “Devletler, yalnızca suç teşkil eden fiiller neticesinde kişilerin yaşamlarından yoksun bırakılmalarını önlemek, bu uygulamayı ortadan kaldırmak ve cezalandırmak amacıyla değil kişiyi başkalarının suç teşkil eden fiillerinden korumak ve bu durumları etkin bir şekilde soruşturmak amacıyla da ceza kanunları çıkarmak ve adalet sistemini

²⁵⁶ Rapor No. 38/97, Dosya No. 10.548, *Hugo Bustíos Saavedra (Peru)*, 16 Ekim 1997, para. 58 - 61.

²⁵⁷ 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Baldeón García/Peru Davası*, Seri C No. 147, para. 83. Bu bağlamda, ayrıca bkz.: 3 Mart 2005 tarihli karar, *Huilca Tecse/Peru Davası*, Seri C No. 121, para. 65; ve 1 Temmuz 2006 tarihli karar, *Ituango Katliamları/Kolombiya Davası*, Seri C No. 148, para. 129.

geliştirmek suretiyle yasama, idare ve yargı düzeylerinde gerekli tedbirleri almalıdır.”²⁵⁸

Yasal (*de jure*) ya da fiili (*de facto*) olarak devlet yetkililerine atfedilebilecek keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakılmama hakkının ihlalleri durumunda, uluslararası hukuk, hukuk dışı, keyfi veya kısa yoldan infazlara işaret etmektedir. Bu kategorileri tanımlayan bir anlaşma olmasa da, uluslararası iÇtihat ve doktrin her birinin iŐerik ve kapsamına aÇıklık getirmiştir. İlk olarak, Birleşmiş Milletler, “kısa yoldan veya keyfi infazlar” ve “hukuk dışı infazlar” olarak nitelendirmiştir.²⁵⁹  nceki AyrımcılıŐın  nlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu’nun çalıŐmalarına,²⁶⁰  nceki İnsan Hakları Komisyonu’nun kararlarına²⁶¹ ve Ekonomik ve Sosyal Konsey’in alıŐmalarına²⁶² dayanarak, bu ihlaller “kısa yoldan veya keyfi infazlar” olarak sınıflandırılmıŐtır.

1982 yılında oluşturulan Hukuk Dışı, Kısa Yoldan veya Keyfi İnfazlar  zel Raport rl Đ n n²⁶³ alıŐmaları keyfi infaz ve kısa yoldan infaz terimlerinin kapsamlarını aŐıklıŐa kavuŐturmuŐtur. Özel Raportör, 1983’te, keyfi infazı, kararname veya devletin iŐtiraki, müsamahası ya da göz yumması ile, adli veya yasal süreç olmaksızın öldürmek suretiyle keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakmak Şeklinde

²⁵⁸ 25 Ekim 12 tarihli karar, *El Mozote ve çevresindeki katliamlar/El Salvador Davası*, Seri C No. 252, para. 146 ve 156. Bu baŐlamda ayrıca bkz.: 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Balde n Garc a/Peru Davası*, Seri C No. 147, para. 85 ve 1 Temmuz 2006 tarihli karar, *Ituango Katliamları/Kolombiya Davası*, Seri C No. 148, para. 130.

²⁵⁹  rn. Bkz. Genel Kurul’un bu baŐlamda kabul edilen İlk Kararı (35/172 sayılı 1980 tarihli Karar) ve Birleşmiş Milletler Altıncı Suçu  nleme ve Suçluların Muamelesi Kongresi’nde kabul edilen 5 sayılı “Hukuk dışı infaz” Kararı, UN Doc A/CONF.87/14/Rev.1 (1980) s 8-9.

²⁶⁰ Alt Komitenin “kısa yoldan infazlar”, “yasa dışı infazlar” ve “hukuk dışı infazlar” gibi kavramları kullandıŐı not edilmelidir.

²⁶¹ 1982/29 sayılı, 11 Mart 1982 tarihli Karar.

²⁶² 1982/35 sayılı, 7 Mayıs 1982 tarihli Karar.

²⁶³ “Kısa yoldan veya keyfi infazlara dair  zel Raportörlük” görevi 1982 yılında Ekonomik ve Sosyal Konsey’in 1982/35 sayılı Kararı ile oluşturulmuştur. 1992’de, İnsan Hakları Komisyonu’nun 1992/72 sayılı Kararı doŐrultusunda görev *Hukuk dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazları* (bkz.: *Hukuk dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazlar – Genel Sekreterin Raporu A/CONF.121/21*, 29 Mayıs 1985, para. 1) kapsayacak Şekilde genişletilmiştir.

tanımlamıştır.²⁶⁴ Benzer şekilde, kısa yoldan infazı da 1992’de acele muhakeme sonucu veya *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*’nin 14. Maddesindeki asgari garantilerin kısıtlandığı, tahrif edildiği veya düpedüz yok sayıldığı bir süreç sonucu verilen karara istinaden keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakma olarak tanımlamıştır.²⁶⁵

Buna karşın, Özel Raportör tarafından kullanılan keyfi infaz tanımı güçlü tepkilere ve eleştirilere neden olmuştur. Tanım, devletler tarafından işlenen tipik suçtu kapsasa da, devletten emir almadan hareket eden devlet yetkilileri tarafından işlenen cinayetleri ve aşırı ya da keyfi güç kullanımı sonucu meydana gelen ölümleri kapsamı dışında bırakmıştır. 1992’de Özel Raportör’ün yetki ve görevinin değiştirilmesine dair tartışmalar, “hukuk dışı infaz” tanımının dahil edilmesiyle son bulmuştur. Bununla beraber, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 1987’den beri “hukuk dışı infaz” kavramını kullanmış olması dikkate değerdir.²⁶⁶

“Yaşam hakkı, diğer bütün insan haklarının temelini teşkil etmektedir. Bu nedenle, hiçbir devlet tarafından hiçbir zaman askıya alınamaz ve hiçbir koşulda kamu düzenini yeniden tesis etmek adına herhangi birisi infaz edilemez. Ayrıca, bu temel hakkın tamamen gözetilmesi için gerekli bütün koşulların oluşturulması gerekmektedir.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu²⁶⁷

Amerika’da, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, başta, “yasal infazlar” ve “yasa dışı veya hukuk dışı infazlar”²⁶⁸ kavramlarını kullanmıştır. İkinci kategoride, Komisyon, “hukuk dışı infazların” yanına, “usulsüz koşullarda, gözaltına alma esnasında

²⁶⁴ BM Belgesi (UN Doc). E/CN.4/1983/16, para. 66. Ayrıca bkz. UN Doc. E/CN.4/1992/CRP.1, 12 Şubat 1992, para. 606 (b).

²⁶⁵ BM Belgesi, E/CN.4/1992/CRP.1, 12 Şubat 1992, para. 606 (a).

²⁶⁶ Diğerlerinin yanı sıra bkz., 42/141 sayılı, 7 Aralık 1987 tarihli Karar.

²⁶⁷ *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık raporu (Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights), 1986-1987, OAS/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, 22 Eylül 1987, Bölüm V.*

²⁶⁸ *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu (Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights), 1980 -1981, OAS/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1, 16 Ekim 1981, p. 112; ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık raporu, 1986-1987, OAS/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, 22 Eylül 1987, Bölüm V.*

veya nezaretteyken meydana gelen ölümleri"²⁶⁹ eklemiŐtir. Hukuk dışı infazlar da kanunun dışında hareket edip cezasızlıktan yararlanan güvenlik güçleri ve devletlerin göz yumması veya zımnı muvafakati ile hareket eden paramiliter gruplar tarafından işlenen"²⁷⁰ infazlar olarak nitelendirilmiştir. Komisyon, daha sonra, hukuk dışı infaz, keyfi öldürme ve kısa yoldan infaz kavramlarını kullanmıştır. Bununla beraber, Komisyon, çoğunlukla, bu terimleri eş anlamlı olarak kullanmaktadır.²⁷¹

Bu sırada, Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği, hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infazlara ilişkin işlevsel bir tanım geliştirmiştir: "Tam bir adli ve yasal süreç olmaksızın ve devletin veya yetkililerinin dahli, iŐtiraki, müsamahası veya göz yumması ile kişinin yaşamından yoksun bırakılması. Polis veya güvenlik güçlerince aşırı güç kullanımı sonucu meydana gelen ölümleri de kapsar."²⁷²

Görüldüğü üzere, uluslararası hukuk kapsamında yaşam hakkından keyfi olarak yoksun bırakma, "hukuk dışı infaz", "kısa yoldan infaz" ve "keyfi infaz" olarak üçe ayrılmaktadır.²⁷³

²⁶⁹ *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu (Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights), 1980 -1981, OAS/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1, 16 Ekim 1981, s. 112.*

²⁷⁰ *A.g.e.*

²⁷¹ Örn. Bkz.: Rapor No. 101/01, Dosya No. 10.247 ve diğerleri, *Hukuk dışı infazlar ve Zorla kaybetmeler (Peru) (Extrajudicial executions and Forced Disappearances (Peru))*, 11 Ekim 2001; ve Rapor No. 59/01, Dosya No. 10.626 ve diğerleri, *Remigio Domingo Morales ve Diğerleri/Guatemala*, 7 Nisan 2001.

²⁷² *İnsan Hakları ve Kolluk Görevlileri – Polislere Yönelik İnsan Hakları EĞitimi Kılavuzu, Mesleki EĞitim Dizisi (Human Rights and Law Enforcement - A Manual for Human Rights Training for the Police, Professional Training Series) No. 5/Add.2, 2004, Dizin HR/P/PT/5/Add.2, s. 15.*

²⁷³ Diğerlerinin yanı sıra bkz.: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 42/141 sayılı 7 Aralık 1987 tarihli Kararı; Birleşmiş Milletler'in önceki İnsan Hakları Komisyonu'nun 1992/72 sayılı Kararı; *hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infazlara dair Özel Raportör'ün Raporu, (Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions)*, UN Doc. E/CN.4/1992/CRP.1, 12 Şubat 1992, Para. 606; İnsan Hakları Yüksek Komiserliği – İnsan Hakları Merkezi, *Mesleki EĞitim Dizisi (Professional Training Series) No. 5, İnsan Hakları ve Kolluk Görevlileri (Human Rights and Law Enforcement)*, Der. Birleşmiş Milletler, New York – Cenevre, 1997, s. 31; ve Nigel

a. Hukuk dışı infaz

“Hukuk dışı infaz” terimiyle, ceza hukukuna göre, “cinayet” veya “insan öldürme” olarak adlandırılan fiiller kast edilmekte, devlet güvenlik güçleri veya devlet ile işbirliği yapan ve devletin müsamaha gösterdiği paramiliter gruplar, ölüm mangaları veya diğer özel gçler tarafından işlenen hukuk dışı infazlar, kasıtlı saldırılar sonucu meydana gelen ölümler ve öldürmeler kapsamaktadır. Aynı zamanda, siviller ve savaş dışı kalmış olarak değerlendirilen savaŐŐıların kasten ldrlmesi ve kimseyi sağ bırakmama emri gibi “amansız savaş” uygulamaları sonucu ortaya çıkan ölümler de hukuk dışı infaz teşkil etmektedir.²⁷⁴

“Yaralanan veya yakalanan savaŐŐıların hukuk dışı infaz edilmesi Ortak 3. Maddenin ciddi ihlalidir. [...] Cenevre Sözleşmeleri’nin Ortak 3. Maddesi uyarınca, i silahlı çatışma tarafları, çatışmalarda yer almayan veya aktif olarak yer almayı bırakmıŐ kişilere insancıl muamele göstermek zorundadır. Bu garanti eşit derecede hem siviller hem de teslim olan veya savaş dışı kalmış silahlı gç mensupları için geçerlidir.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu²⁷⁵

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, “yukarıda tanımlandığı üzere yetkililer tarafından yakalanan, teslim olan veya yaralanan ve çatışmalarda yer almayan kişiler gibi artık tehdit oluŐturmayan kişilerin” öldüğü durumlara atıfta bulunmuştur. “Bu tür durumlarda ölümcül gç kullanmak, Sözleşme’nin 4. Maddesi ve Bildirge’nin 1. Maddesinin aleni bir Şekilde ihlali olmak suretiyle hukuk dışı infaz teşkil etmektedir.”²⁷⁶ Dolayısıyla Komisyon, teslim olmuş veya askeri kiŐılara yönelik saldırı ya da güvenlik güçleriyle silahlı çatıŐmaya girdikten sonra yakalanmıŐ veya yaralanmıŐ kişilerin ölümlerini de birçok defa kişinin keyfi olarak yaşamından yoksun

Rodley, *Uluslararası Hukuk Kapsamında Mahpuslara Muamele (The Treatment of Prisoners under International Law)*, Clarendon Press – Oxford, 1999, İkinci Basım.

²⁷⁴ Bu bağlamda bkz., *rfi Uluslararası İnsancıl Hukuk (Customary International Humanitarian Law)*, Cilt I: Kurallar, Op. Cit., (Merhamet göstermeme emri (ordering no quarter will be given) yasağı getirilecektir) s. 161 - 163 ve 594.

²⁷⁵ Rapor No. 26/97, Dosya No. 11.142, *Arturo Ribn Avila (Kolombiya)*, 30 Eylül 1997, par. 140 ve 147.

²⁷⁶ *Terörizm ve İnsan Hakları Raporu (Report on Terrorism and Human Rights)*, Doc. Cit., Para. 91.

birakılmama hakkının ihlali olarak değerlendirmiş ve hukuk dışı infaz olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.²⁷⁷

Hukuk dışı infaz, insan hakları hukukunun ciddi bir ihlali olup yasağı *jus cogens* kuralı teşkil etmekle birlikte, uluslararası içtihatlarda, bu fiilin belirli bağlamlarda veya belirli kişilere karşı işlendiğinde, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da diğer mağdurların yanı sıra çocukların, hamile kadınların, sendikacıların, siyasi muhaliflerin, insan hakları savunucularının ve yargı mensuplarının hukuk dışı infazlarına ilişkin davalarda ifade edildiği gibi, özgün doğasından dolayı özel boyutlar kazandığı belirtilmiştir.

“Devlet tarafından teşvik edilen veya müsamaha gösterilen hukuk dışı infazlar da dahil olmak üzere belirli bir insan hakkı ihlali düzeni olduğunda, üstün hukukun aksine, yaşam hakkının etkin bir şekilde korunmasıyla bağdaşmayan bir ortam oluşturur.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi²⁷⁸

Çocukların hukuk dışı infazlarının konu edildiği davalarda, Mahkeme kararlarına göre, devletin yaşam hakkı yükümlülüğünün “söz konusu çocuklar olduğunda, çocukların korunmasına dair Amerika Sözleşmesi ve Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde öngörülen kuralları dikkate alarak, özel boyutları vardır. Bu hakkın garantörü olarak, devlet, icrai veya ihmali bir hareket sonucu, bu hakkın kısıtlanmasıyla sonuçlanabilecek durumları önlemekle yükümlüdür.”²⁷⁹ Mahkeme, “çocukların insan hakkı ihlallerinin mağdurları olduğu davalar bilhassa ağırdır; zira hakları yalnızca Amerika Sözleşmesi’nde değil, uluslararası toplum tarafından yaygın olarak kabul edilen birçok uluslararası hukuk belgesinde,

²⁷⁷ Diğerlerinin yanı sıra, bkz.: Rapor No. 55/97, Dosya No. 11.137, *Juan Carlos Abella (Arjantin)*, 18 Kasım 1997; Rapor No. 26/97, Dosya No. 11.142, *Arturo Ribón Avila (Kolombiya)*, 30 Eylül 1997; Rapor No. 61/00, Dosya No. 11.519, *José Félix Fuentes Guerrero ve Diğerleri (Kolombiya)*, 13 Nisan 1999; ve Rapor No. 34/00, Dosya No. 11.291, *Carandirú (Brezilya)*, 13 Nisan 2000.

²⁷⁸ 8 Temmuz 2004 tarihli karar, *Gomez Paquiyauri Kardeşler/Peru Davası*, Seri C No. 110, para. 128.

²⁷⁹ *A.g.e.*, para. 124. Aynı bağlamda, bkz.: 18 Eylül 2003 tarihli karar, *Bulacio/Arjantin Davası*, Seri C No. 100, para. 138; 19 Kasım 1999 tarihli karar, *Sokak Çocukları (Villagrán Morales ve Diğerleri)/Guatemala Davası*, Seri C No. 63, para. 146; 25 Ekim 12 tarihli karar, *Mozote ve çevresinde işlenen cinayetler/El Salvador Davası*, Seri C No. 252, para. 150.

özellikle 'devletlerin kendi yetkileri altında bulunan çocuklar lehine özel koruma ve yardım tedbirleri alma yükümlülüğünü' tanımlayan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde ifade edilmektedir"²⁸⁰ demıştır.

Amerikalılar Arası Mahkeme'ye göre, Peru'da iki sendika başkanının infaz edilmesinin "Peru maden işçileri sendikal hareketinin işçileri üzerinde göz korkutucu etkisi olmuştur. Böyle bir bağlamda, bu tür infazlar, yalnızca kişinin örgütlenme özgürlüğünü değil, aynı zamanda belli başlı bir grubun korkmaksızın özgürce örgütlenme hakkını ve özgürlüğünü de kısıtlamıştır. Diğer bir deyişle maden işçilerinin bu haklarında yararlanma özgürlükleri olumsuz etkilenmiştir. [atıflar çıkarılmıştır] Ayrıca, bu caydırıcı etki, davayı kuşatan cezasızlık sonucu daha fazla öne çıkmış ve ciddi bir hal almıştır."²⁸¹

Benzer şekilde, Kolombiya askeri ve paramiliter güçleri tarafından öldürülen muhalefet liderini konu alan davada da, Mahkeme, "bir muhalifin siyasi sebeplerle hukuk dışı infaz edilmesi, yalnızca birden fazla insan hakkının değil, aynı zamanda hukukun üstünlüğünün dayandığı ilkeleri de ihlal eder. Bu, doğrudan demokratik sistemi de ihlal eder; zira farklı yetkililerin ulusal ve uluslararası ölçekte tanınan insan haklarını koruma yükümlülüklerini yerine getirmemelerinden kaynaklanmaktadır. [...] [Böyle bir hukuk dışı infazın], infaz edilen kişi ile aynı partiden olanların veya fikirlerine yakınlık duyanların kolektifliklerine tehditkar ve caydırıcı etkileri olmuştur"²⁸² ifadesinde bulunmuştur.

Yine benzer bir şekilde, insan hakları savunucularının hukuk dışı infaz edilmesine ilişkin davalarda, Mahkeme'ye göre, "insan hakları savunucularının güvenlik ve yaşamlarına yönelik tehditler ve girişimler ve sorumluların cezasızlıktan yararlanmaları bilhassa ciddidir; zira yalnızca birey üzerinde değil topluluk üzerinde de etkileri vardır. Böyle durumlarda, toplum, devletin yetkisi altındaki

²⁸⁰ A.g.e, para. 162.

²⁸¹ 10 Temmuz 2007 tarihli karar, *Cantoral-Huamaní ve García-Santa Cruz/Peru Davası*, Seri C No. 167, para. 148. Aynı bağlamda, bkz.: 3 Mart 2005 tarihli karar, *Huilca Tecse/Peru Davası*, Seri C No. 121, par. 67 ve devamı.

²⁸² 36 Mayıs 2010 tarihli karar, *Manuel Cepeda Vargas/Kolombiya Davası*, Seri C No. 213, par. 177 - 178.

kişilerin haklarının korunduğu mu yoksa ihlal mi edildiği gerçeğini öğrenmekten alıkonur.”²⁸³

Bir dizi ölüm ve zorla kaybetme vakasını soruştururken devlet güvenlik güçleri ve paramiliter güçler tarafından öldürölen yargı mensuplarının davasında, Mahkeme kararına göre, bu hukuk dışı infazlar “bilhassa ciddidir; zira aleni insan hakkı ihlallerinin soruşturulması ve cezalandırılmasına engel olmak amacıyla tasarlanmışlardır. Yargı mensupları insanlık dışı bir yöntemle infaz edilmiştir. Ayrıca, Rochela Katliamının, bu ve diğer benzeri davaların soruşturulması ile ilgili yargı mensuplarını sindirmek gibi ağır sonuçları olmuştur.”²⁸⁴

b. Keyfi infaz

“Keyfi infaz” kavramı, kolluk görevlileri tarafından aşırı, orantısız ve yasa dışı güç kullanımı sonucu meydana gelen ölümler için kullanılmaktadır.²⁸⁵

Çeşitli uluslararası metinlerde kanunlar çerçevesinde güç ve silahlı ateş kullanımının ilkeleri, kıstasları ve koşulları belirlenmiştir.²⁸⁶ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, “Mahkeme, devletin, bilhassa cezaevlerinde, gerekirse güç kullanarak,

²⁸³ 28 Kasım 2006 tarihli karar, *Nogueira de Carvalho ve Diğerleri/Brezilya Davası*, Seri C No. 161, para. 76. Ayrıca bkz.: 27 Kasım 2008 tarihli karar, *Valle Jaramillo ve Diğerleri/Kolombiya Davası*, Seri C No. 192, para. 96.

²⁸⁴ 11 Mayıs 2007 tarihli karar, *Rochela Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 163, para. 103.

²⁸⁵ BM Belgeleri (UN Docs). E/CN.4/1983/16, para. 66 and E/CN.4/1992/CRP.1, para. 606 (b).

²⁸⁶ *Yasa Dışı, Keyfi ve Hukuk dışı İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler (Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal, Arbitrary and Summary Executions); Kolluk Kuvvetleri Davranış Kuralları (Code of Conduct for Law Enforcement Officials); Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler (Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials); Mahpuslara Muamele için Asgari Standart Kurallar (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners); Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü (Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment); ve Amerika Kitasında Özgürlüğünden Yoksun Birakılmış Kişilerin Korunmasına dair İlkeler ve İyi Uygulamalar (Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas).*

güvenliği teminat altına alma ve kamu düzenini tesis etme yetkisi ve hatta yükümlülüğü olduğunu kabul etmekle beraber, [...] kamu düzenini tesis ederken ilgili iç mevzuat doğrultusunda hareket etmesi gerektiğini, aynı zamanda mevzuatın ve mevzuatı uygularken atılan adımların ilgili insan haklarının korunmasına ilişkin normlara uygun olması gerektiğini de belirtmektedir.”²⁸⁷

“Yaşam hakkının anlamı dikkate alınarak, uluslararası toplum, devletin yalnızca yaşam hakkının hakiki ve etkili bir Şekilde kullanılması için daha iyi koşullar oluşturması ve sağlamasına dair değil, aynı zamanda kendi faaliyetlerine kısıtlamalar ve yasaklar getirmesi aÇısından da yükümlülüklerini ele alır. [...] Görevini ifa etmekte olan bir devlet yetkilisi veya devletin azmettirmesi veya muvafakati ile hareket eden üçüncü bir taraf herhangi bir kişi ya da grubu, icrai veya ihmali bir hareketle, kasten, ihmal sonucu veya orantısız ve aşırı güc kullanımı sonucu yaşamından yoksun bırakırsa keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakma fiili oluşur.”

Peru Ulusal Ceza Mahkemesi²⁸⁸

Benzer Şekilde, İnsan Hakları Komitesi, “hakkın kanun yoluyla korunması ve hiç kimsenin keyfi olarak yaşamından yoksun bırakılmaması gerekliliği, kişinin devlet görevlileri tarafından yaŐamında yoksun bırakılabileceği koşulların kanun tarafından sıkı sıkıya kontrol edilmesi ve sınırlandırılması gerektiği anlamına gelir”²⁸⁹ demiştir.

Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler uyarınca, “kolluk görevlileri, görevlerini yerine getirirken güc ve ateşli silah kullanımına baŐvurmadan önce mümkün mertebe Şiddet içermeyen yöntemler kullanırlar. Ancak diğer yol ve yöntemler etkisiz kaldığında veya istenilen sonuca ulaŐtırmayacađı görüldüğünde zor ve ateşli silah kullanabilirler.”²⁹⁰

Benzer Şekilde, zor ve ateşli silah kullanmak kaçınılmaz olduğunda, İlkeler’e göre, kolluk görevlileri,

²⁸⁷ 25 Kasım 2006 tarihli karar, *Miguel Castro-Castro Hapishanesi/Peru Davası*, Seri C No. 160, para. 240.

²⁸⁸ 10 Ekim 2011 tarihli karar, Exp. No. 4606.

²⁸⁹ 31 Mart 1982 tarihli görüşler, 45/1979 sayılı Bildirim, *Suárez Guerrero/Kolombiya Davası*, para. 13.1.

²⁹⁰ 4. İlke.

- a) Saldırının ciddiyetine ve ulaőılacak yasal sonuca orantılı olarak kullanılmalı ve fiili sınırlandırılmalıdır,
- b) Hasar ve yaralanmayı asgari seviyede tutarlar, insan yaşamına saygı göstermeli ve insan yaşamını korumalıdır,
- c) Yaralanan veya etkilenen kişilere en kısa sürede yardım ve tıbbi destek sunulmasını sağlamalıdır,
- d) Yaralanan veya etkilenen kişilerin akrabalarının veya yakın arkadaşlarının en kısa sürede bilgilendirilmesini sağlamalıdır.²⁹¹

“Fiilen, hem Birleşmiş Milletler Kolluk Kuvvetleri Davranış Kuralları hem de Birleşmiş Milletler Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler, “şüpheli saldırganın silahla karşı koyduğu veya aksi takdirde başkalarının hayatlarını tehlikeye attığı ve diğer tedbirlerin şüpheli saldırganı engellemek ve yakalamak için yeterli olmadığı durumlar haricinde” ve “kendini veya diğerlerini müdafaa etmek [... veya] [yakın ölüm veya ağır yaralama tehdidi] oluşturan ve görevlilere mukavemet eden bir kişiyi yakalamak veya kaçmasını engellemek amacıyla ve diğer tedbirler bu amaçlara ulaőmakta yetersiz kaldığı durumlar haricinde” ateşli silahların kullanılmasını yasaklar.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi²⁹²

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler* başta olmak üzere bütün uluslararası metinleri sistemleőtirerek aşağıda sıralanan ilkelerin devlet görevlileri tarafından ölümcül silahların kullanılmasını düzenlemesi gerektiğini ifade etmiştir:²⁹³

²⁹¹ 5. İlke.

²⁹² Diğerlerinin yanı sıra bkz., 4 Temmuz 2007 tarihli karar, *Zambrano Vélez ve Diğerleri/Ekvador Davası*, Seri C No. 166, para. 82-89.

²⁹³ 25 Kasım 2006 tarihli karar, *Miguel Castro-Castro Hapishanesi/Peru Davası*, Seri C No. 160, par. 234 ve devamı; 24 Kasım 2011 tarihli karar, *Barrios Ailesi/Venezuela Davası*, Seri C No. 237, para. 49; 4 Temmuz 2007 tarihli karar, *Zambrano Vélez ve Diğerleri/Ekvador Davası*, Seri C No. 166, par. 81 ve devamı; ve 5 Temmuz 2006 tarihli karar, *Montero Aranguren ve Diğerleri (Retén de Catia)/Venezuela Davası*, Seri C No. 150, par. 66 ve devamı.

- *İstisna İlkesi.* Ölümcül güç, istisnai durumlarda, ancak son çare olarak kullanılmalıdır. Diğer bir deyişle, ancak diğer bütün kontrol yol ve yöntemleri tükendiğinde ve işe yaramadığında kullanılmalıdır.
- *Yasalara Uygun Olma İlkesi.* Ölümcül güç kullanımı yasalarla sıkı bir biçimde düzenlenmeli, istisnai ve sınırlı olmalıdır.
- *Meşruiyet İlkesi.* Ölümcül güç, ancak yaşam ve kişi bütünlüğü haklarının korunması gibi meşru bir amaca hizmet etmek için kesinlikle gerekliyse kullanılmalıdır.
- *Zorunluluk ve Orantılılık İlkesi.* Ölümcül güç, ancak bir güç veya tehditle yüzleşmek veya bu gücü veya tehdidi püskürtmek için mutlak olarak gerekli ve kaçınılmaz olduğunda kullanılmalı ve yakın tehlike veya tehditlerle orantılı olmalıdır.
- *İnsaniyet İlkesi.* Ateşli silah kullanımından kaynaklı yaralanma ve hasarlar asgari seviyede tutulmalı; bu şekilde yaralanan veya etkilenenler ile ilgilenilmelidir.
- *Hesap Verebilirlik İlkesi.* İç hukukta, ölümcül güç kullanımının bağımsız bir şekilde kontrol edilebilmesi için gerekli mekanizmalar ve usuller oluşturulmalıdır.

Güç ve ateşli silah kullanımına dair uluslararası standartları ihlal edecek şekilde ölümcül güç kullanımı sonucu meydana gelen ölümler keyfi infaz olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, "kolluk görevlileri tarafından ölümlerle sonuçlanan aşırı veya orantısız güç kullanımının, keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakma anlamına gelebildiğini"²⁹⁴ belirtmiştir. Keyfi infazların yalnızca kolluk görevlilerine isnat edilebilir fiillerle sınırlı olmadığını, doğrudan veya dolaylı devlet emriyle hareket eden kişilerin neden olduğu ölümleri de kapsadığı belirtilmelidir.

²⁹⁴ 24 Kasım 2011 tarihli karar, *Barrios Ailesi/Venezuela Davası*, Seri C No. 237, para. 49. Bu bağlamda, bkz.: 5 Temmuz 2006 tarihli karar, *Montero Aranguren ve Diğerleri (Retén de Catia)/Bolívarcı Venezuela Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 150, para. 67 - 68.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'na göre, "bir devlet, vatandaşlarına yönelik şiddet tehdidi olduğunda, vatandaşlarını söz konusu tehditten koruma hakkı ve yükümlülüğüne sahiptir ve vatandaşlarını korurken belli başlı durumlarda ölümcül güç kullanabilir. Bu durumlara örnek olarak, kolluk görevlilerinin kendilerini veya başkalarını yakın ölüm ya da ağır yaralanma tehdidinden korumak için ölümcül güç kullanımının kesin olarak kaçınılmaz olması veya kanun ve düzeni sağlamak için ölümcül güç kullanımının kesinlikle gerekli ve orantılı olması gösterilebilir. [...] Ancak bu tür bir zaruret olmaması durumunda, ölümcül güç kullanımı keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakma veya kısa yoldan infaz olarak değerlendirilebilir; diğer bir deyişle, ölümcül güç kullanımının devletin herkesin güvenliğini koruma hakkı ile gerekçelendirilebilir olması gerekmektedir."²⁹⁵

"Başvurulan yöntemlere gerekçe olarak devlet tarafından "suç teşkil eden", "yıkıcı" veya "terörist" tehdit tanımı kullanılması, belli başlı durumlarda devlet güvenlik güçlerinin faaliyetlerini şüphesiz meşrulaştırabilir. Ancak, devletler suçla hem kamu güvenliğinin korunması hem de yetkileri altındaki insanların haklarının tamamıyla gözetilmesini sağlayan yasal prosedürlerin sınırları içinde ve doğrultusunda mücadele etmelidir. Ülkenin şartları ne kadar zor olursa olsun, bu Amerika Sözleşmesi'ne taraf olan devletleri Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerinden alıkoymaz. Bu yükümlülükler, bilhassa şu an Mahkeme'nin önündeki davayı oluşturan koşullar gibi koşullarda da geçerlidir. Koşullar ne olursa olsun, işkencenin, kişilerin zorla kaybedilmesinin, kısa yoldan ve hukuk dışı infazın mutlak surette yasak olduğunu ve bu yasağın, uluslararası hukuk kapsamında kısıtlanmaya tabii olmayan emredici kural niteliğine haiz olduğunu vurgulamak gerekir."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi²⁹⁶

Keyfi infaz kategorisi, güç kullanımını düzenleyen uluslararası standartları ihlal edecek şekilde ölümlerle sonuçlanan çeşitli durumları kapsamaktadır. Dolayısıyla, gösteri, protesto ve isyanlarda silah kullanımının neden olduğu ölümler; kolluk tarafından önleyici veya idari yakalama sırasında meydana gelen ölümler; işkence veya

²⁹⁵ *Terörizm ve İnsan Hakları Raporu (Report on Terrorism and Human Rights)*, Doc. Cit., para. 87 ve 88.

²⁹⁶ 4 Temmuz 2007 tarihli karar, *Zambrano Vélez ve Diğerleri/Ekvador Davası*, Seri C No. 166, para. 96.

diğer kötü muamelenin neden olduğu ölümler; polis veya kolluk operasyonları ²⁹⁷ veya islahevleri ve cezaevlerinde disiplini sağlama ²⁹⁸ sırasında meydana gelen ölümler keyfi infaz olarak değerlendirilebilir. Benzer şekilde, uluslararası içtihatlarda, “ölüm tehditlerinin mevcut olduğu” veya yaşamı tehlikeye sokan “hapsedilme koşullarındaki” tutsakların ölümlerinin de yine yaşam hakkından keyfi yoksun bırakma olarak değerlendirilebileceği görölmektedir. ²⁹⁹ Ayrıca, silahlı çatışma durumunda bazı yöntemlerin ve/veya yasaklı silahların kullanımı veya uluslararası insancıl hukukun temel prensiplerinin gözetilmemesi sonucu meydana gelen bazı ölümler de keyfi infaz olarak tanımlanabilir.

“Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, ‘bütün devletlerin [...] a) Gösteriler, ülke içi şiddet ve gruplar arası şiddet olayları, toplumsal çalkantılar, olağanüstü hal veya silahlı çatışmalar sırasında, başta çocuklar olmak üzere, can kayıplarını önlemek ve polis, kolluk görevlileri, silahlı kuvvetler ve devlet adına veya devletin müsaadesi ya da göz yumması ile hareket eden diğer görevlilerin, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri de dahil olmak üzere uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk sınırları ve doğrultusunda hareket etmelerini sağlamak ve bu bağlamda polis ve kolluk görevlilerinin Kolluk Kuvvetleri Davranış Kuralları ve Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler’e göre hareket etmelerini sağlamak için uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuka

²⁹⁷ Bu bağlamda bkz. *Kolluk Kuvvetleri Davranış Kuralları’nın (Code of Conduct for Law Enforcement Officials)* 3. Maddesi’ne yönelik yorum c). Buna göre, “ateşli silah kullanımı son tedbir olarak değerlendirilir. Bilhassa çocuklara karşı, ateşli silah kullanmamak için gereken ne varsa yapılır. Genel olarak, ateşli silahlar, şüpheli saldırganın silahla karşı koyduğu veya aksi takdirde başkalarının hayatlarını tehlikeye attığı ve diğer tedbirlerin şüpheli saldırganı engellemek ve yakalamak için yeterli olmadığı durumlar dışında kullanılmamalıdır.” Ayrıca bkz.: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *Yurttaş Güvenliği ve İnsan Hakları Raporu (Inter-American Commission on Human Rights, Report on Citizen Security and Human Rights)*, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 Aralık 2009.

²⁹⁸ Örn. Bkz.: İlke XXIII, “Güç ve silah kullanımı için 2. Kistas”, *Amerika Kitasında Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunmasına dair İlkeler ve İyi Uygulamalar (Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas)*.

²⁹⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bkz.: *İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörü’ün hukuk dışı, hukuk dışı ya da keyfi infazlara dair Raporu (Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on extrajudicial, summary or arbitrary executions)*, A/51/457, 7 Ekim 1996, para. 13.

uygun tüm gereken ve mümkün olan tedbirleri almalarını talep etmektedir.”³⁰⁰

Tutuklulara yönelik keyfi infazlar uluslararası içtihat hukukunda da vurgulanmıştır. Özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilere karşı şiddet kullanımı,³⁰¹ bilhassa “devletin özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişiler söz konusu olduğunda kefil olarak özel bir konumda”³⁰² olduğu dikkate alındığında, özel düzenlemelere tabiidir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, “cezaevlerinden sorumlu olan devlet, tutukluların haklarını teminat altına alır. Devlet, başka yükümlülüklerinin yanı sıra, nezaretinde tuttuğu kişilere ne olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Devlet yetkilileri, nezaretlerindeki kişiler üzerinde tamamen kontrol sahibidir. Tutuklu bir kişiye yönelik muamele, tutuklunun savunmasızlığını dikkate alarak, sıkı denetime tabii olmalıdır [...]”³⁰³ Ayrıca, Mahkeme kararına göre, “özgürlüğünden yoksun

³⁰⁰ 63/182 sayılı Karar, “Hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infazlar” (“Extrajudicial, summary or arbitrary executions”), 18 Aralık 2008.

³⁰¹ Diğerlerinin yanı sıra, bkz: *Mahpuslara Muamele için Asgari Standart Kurallar (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)* (Kural 27 - 34); *Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü (Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment)* (İlke 6, 7, 21 ve 30); *Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty)* (Kural 63 - 71); *Birleşmiş Milletler Kadın Mahpuslara Muameleye İlişkin Kurallar ve Kadın Suçlulara Yönelik Hapis Dışı Tedbirler, “Bangkok Kuralları” (United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders, “Bangkok Rules”)* (Kural 7, 19, 20, 22, 24 ve 25); ve *Amerika Kıtasında Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunmasına dair İlkeler ve İyi Uygulamalar (Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas)* (İlke I, XXII ve XXIII). Ayrıca bkz., Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu (Inter-American Commission on Human Rights), *Amerika Kıtasında Özgürlüklerinden Yoksun Bırakılmış Kişilerin İnsan Haklarına İlişkin Rapor (Report on the Human Rights of Persons Deprived of their Liberty in the Americas)*, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 Aralık 2011.

³⁰¹ *Amerika Kıtasında Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunmasına dair İlkeler ve İyi Uygulamalar (Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas)*, İlke 1.

³⁰² *Amerika Kıtasında Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunmasına dair İlkeler ve İyi Uygulamalar (Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas)*, İlke 1.

³⁰³ 18 Eylül 2003 tarihli karar, *Bulacio/Arjantin Davası*, Seri C No. 100, para. 126.

birakılan herkes, insan onuruna yaraŐır nezaret koŐullarında yaşama hakkına sahiptir ve devlet, söz konusu kişilere yaşam ve insancıl muamele hakkını temin etmelidir. Sonuç olarak, devlet, ceza ve tevkif evlerinden sorumlu olduğu için, tutukluların haklarının da garantrdr.”³⁰⁴ Devletin nezaretinde tuttuğu kişilerin haklarının garantörü pozisyonunda olması, söz konusu kişilerin ölmesi veya kaybedilmesi durumunu ya da bu kişilere yönelen herhangi bir Şiddet fiilini res’en (*ex officio*) soruşturmak ve kendiliğinden tazmin etmekle yükümlü olduğu anlamına gelmektedir.³⁰⁵

Şüphesiz, devlet yetkilileri, alikonmakta olan kişilerin yaşam haklarını ve kişi bütünlüklerini temin etmenin yanı sıra ceza ve tevkif evlerinde kontrolü, i güvenliği, düzeni ve disiplini sağlamakla da yükümlüdürler. Ancak, Amerikalılar Arası İnsan hakları Mahkemesi tarafından da ifade edildiği üzere, “bazı fiillerin ciddiyetine ve bazı suçların faillerinin suçluluğuna bakılmaksızın ne devletin iktidarı sınırsızdır ne de devlet, kendi amaçlarına ulaŐmak için her yol ve yönteme baŐvurabilir. Devlet, hukuk ve etik ilkelerine tabiidir. İnsan onurunu hiçe saymak devletin hiçbir fiilinin temelini oluŐturamaz.”³⁰⁶

Amerika Kıtasında zgrlğnden Yoksun Birakılmış Kişilerin Korunmasına dair İlkeler ve İyi Uygulamalar

G ve silah kullanımına ilişkin XXIII. İlke, 2. Kısta

³⁰⁴ 16 Ağustos 2000 tarihli karar, *Durand ve Ugarte/Peru Davası*, Seri C No. 68, para. 78. Aynı bağlamda, bkz.: 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Balden Garcıa/Peru Davası*, Seri C No. 147, para. 120; 18 Ağustos 2000 tarihli karar, *Cantoral Benavides/Peru Davası*, Seri C No. 69, para. 87; ve 30 Mayıs 1999 tarihli karar, *Castillo Petruzzi ve Diğerleri/Peru Davası*, Seri C No. 52, para. 195.

³⁰⁵ *Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü (Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment)* (İlke 34); *zgrlğnden Yoksun Birakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty)* (Kural 57); ve *Amerika Kıtasında zgrlğnden Yoksun Birakılmış Kişilerin Korunmasına dair İlkeler ve İyi Uygulamalar (Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas)* (İlke XXIII, 3).

³⁰⁶ 19 Ocak 1995 tarihli karar, *Neira Alegrıa ve Diğerleri/Peru Davası*, Seri C No. 20, para. 75.

“Özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerin tutuldukları yerlerde çalışan personel, acil ve zaruri durumlarda, tüm diğer seçenekleri tükettikten sonra son çare olarak, kısa bir süre için ve zaruri olduğu ölçüde güvenliği ve iç düzeni sağlamak ve özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin, personelin veya ziyaretçilerin temel haklarını korumak amacıyla istisna ve orantılılık ilkesi temelinde olan hal ve biçimler haricinde güç ve diğer zorlayıcı tedbirlere başvuramaz.

Özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerin tutuldukları yerlerde, personelin, kişilerin hayatını korumak için mutlak surette kaçınılmaz olduğu durumlar dışında ateşli silah veya diğer ölümcül silahları kullanması yasaktır.

Bütün durumlarda güç ve ateşli silah veya şiddet veya acil durumları bastırmak için kullanılan diğer tüm yöntemlerin kullanımı, yetkili merciinin denetimine tabiidir.”

Dolayısıyla, yukarıda özetlenen ölümcül güç ve ateşli silahların kullanımına ilişkin ilkeler, ceza ve tevkif evlerinde uygulanmalarına yönelik tedbirlerin alınmasını sağlayarak yetkili merciiler tarafından titizlikle gözetilmelidir. Bu bağlamda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, “isyanların, tutukluların yaşamlarına ve fiziki bütünlüklerine en az hasarı verecek ve kolluk görevlilerine en az risk oluşturacak strateji ve eylemlere başvurarak bastırılması gerektiğini”³⁰⁷ vurgulamıştır. Ayrıca, Komisyon’un ifade ettiği üzere, “cezaevlerindeki kolluk görevlileri, ancak kişi hayatını korumak için mutlak şekilde gerekli olduğu durumlarda ölümcül güç kullanabilir. Özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin firar etmesi durumunda, devlet, firarileri yakalamak için tasarrufunda bulunan bütün ölümcül olmayan yöntemlere başvurmalıdır. Ancak, firara kalkışan tutukluların infaz koruma memurlarının veya üçüncü şahısların hayatlarını tehdit edecek şiddet yöntemleri ile karşı koymaları sonucu oluşan yakın tehlike durumlarında ölümcül güç kullanabilirler. Dolayısıyla, infaz koruma memurlarına firar etmeye kalkışan tutuklulara kendiliğinden ateş etme yetkisi veren sözde bir

³⁰⁷ Amerika Kıtasında Özgürlüklerinden Yoksun Bırakılmış Kişilerin İnsan Haklarına İlişkin Rapor (Report on the Human Rights of Persons Deprived of Liberty in the Americas), OAS/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 Aralık 2011, para. 232.

'firar kanunu'nun herhangi bir etik veya yasal gerekçesi bulunmamaktadır."³⁰⁸

Uluslararası belgelerde belirlenen kurallar ihlal edilerek özgürlüklerinden yoksun bırakılan insanların güç kullanılarak öldürülmeleri keyfi infaz oluşturmaktadır. Bununla beraber, başlangıçta keyfi infaz olarak görünen bir fiil, ölümcül güç mağdurun yaşamına son vermek amacıyla kullanılmışsa ve ortada ateşli silah kullanımını meşru kılacak bir durum yoksa esasında hukuk dışı infaz olabilir. Örneğin, Miguel Castro Castro Cezaevi davasında, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından fiil "katliam" olarak tanımlanmıştır; zira "'operasyon' başladığında, tutukluların isyanı ya da devlet görevlileri tarafından güç kullanımını meşru kılacak herhangi bir sebep bulunmamaktaydı" ve başından itibaren, "tutukluların yaşamları ve fiziki bütünlüklerine yönelik bir saldırı vardı" ve bu önceden planlanmıştır.³⁰⁹

Bir diğer husus ise gösterilerde güç kullanımına ilişkindir. *Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler* uyarınca, "yasa dışı olup şiddet içermeyen gösterilerin dağıtılması sırasında, kolluk görevlileri, güç kullanmaktan kaçınmalıdır veya bu mümkün olmadığında ancak zaruri olduğu ölçüde asgari seviyede güç kullanabilir."³¹⁰ Aynı şekilde, İlkeler'e göre, "şiddet içeren gösterilerin dağıtılması esnasında, kolluk görevlileri, ancak daha az tehlikeli yöntemler işe yaramadığında ve ancak zaruri olduğu ölçüde asgari seviyede güç kullanabilir. Kolluk görevlileri, "yakın ölüm veya ağır yaralanma tehlikesine karşı kendilerini veya başkalarını korumak, insan hayatını ağır bir şekilde tehdit eden ciddi bir suçun işlenmesini önlemek, böylesi bir tehlike arz eden ve kendilerine mukavemet eden birini yakalamak veya kaçmasını engellemek için ve diğer yöntemlerin bu hedeflere ulaşmada yetersiz kaldığı"³¹¹ durumlar dışında "ateşli silah kullanmamalıdır."³¹²

³⁰⁸ A.g.e., para. 237.

³⁰⁹ 25 Kasım 2006 tarihli karar, *Miguel Castro-Castro Hapishanesi/Peru Davası*, Seri C No. 160, para. 234.

³¹⁰ İlke 13.

³¹¹ İlke 9.

³¹² İlke 14.

Bu bağlamda, hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infazlara dair Özel Raportör Prof. Christof Heyns tarafından hazırlanan raporda, “ölümcül güç ya da ateşli silah kullanımında kılavuz ilke, kişinin kendi hayatını ya da başkalarının hayatlarını korumaktır. Gösteriler de dahil olmak üzere, ateşli silahların kullanımına yalnızca yakın ölüm veya ağır yaralanma tehdidi olduğu durumlarda izin verilir ve bu zorunluluk ve orantıllık ilkelerine tabiidir. [...] Bir topluluğun üzerine rastgele ateş açmak ilkesel olarak yasaktır ve ancak ölüm veya ağır yaralama tehdidi oluşturan kişi ya da kişilere yönelik ateş açılabilir. Ateşli silah kullanımı yalnızca gösterinin yasalara aykırı olması ve dağıtılması ya da mülkü korumak gerektiği savıyla gerekçelendirilemez. [...] Davranış Kuralları ve Temel İlkeler açısından, kasti ölümcül güç kullanımına dair norm, meşru müdafaa, yakalama, isyanı bastırma veya diğer durumlar dahil tüm koşullarda aynıdır ve bu da hayatı korumaktır”³¹³ ifadelerine yer verilmiştir.

Toplanma hakkı, olağanüstü hal koŐullarında, uluslararası hukuk tarafından öngörülen bazı koşullarda ³¹⁴ kısıtlanabilse de, bu koşullar keyfi ölümcül güç kullanımının veya ateşli silahların kullanımını düzenleyen ilkelerin göz ardı edilmesinin hiçbir şekilde önünü açmaz. Dolayısıyla, Özel Raportör, “barıŐçıl toplanma özgürlüğü, olağanüstü hal koŐullarında yasal olarak kısıtlanabilse de, göstericilerin yaşam hakkı gibi sınırlandırılmayan diğer hakları yerinde durmaktadır ve gözetilmek zorundadır”³¹⁵ hatırlatmasını yapmıştır. Bu bağlamda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi “toplumsal gösterileri, iç çalkantıları, iç Şiddet olaylarını, olağanüstü halleri ve yaygın suçları kontrol altına almak için silahlı kuvvetlerine başvurmaya karar verdiklerinde devletlerin büyük bir özenle hareket etmeleri gerektiğini vurgulamayı zaruri

³¹³ *Hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar Özel Raportörü Christof Heyns’in Raporu (Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions Christof Heyns), A/HRC/17/28, 23 Mayıs 2011, para. 60-62.*

³¹⁴ *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözlęme (International Covenant on Civil and Political Rights) (Md. 4) ve Amerika İnsan Hakları Sözlęmesi (American Convention on Human Rights) (Md 27).*

³¹⁵ *Hukuk dışı, hukuk dışı ve keyfi infazlar Özel Raportörü Christof Heyns’in Raporu (Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions Christof Heyns), A/HRC/17/28, 23 Mayıs 2011, para. 70.*

görmektedir. [...] Devletler, iç çalkantıları kontrol altına almak için silahlı kuvvetlerinin kullanımını mümkün mertebe kısıtlamalıdır; zira silahlı kuvvetler, polisin görevi olan sivilleri korumak veya kontrol altında tutmak için değil, düşmana karşı savaşmak için eğitilmişlerdir.”³¹⁶

c. Kısa yoldan infaz

“Kısa yoldan infaz”, uluslararası hukuk kapsamında düzenlenmiş adil yargılama standartlarına uygun bir şekilde görülmeyen ve/veya adli güvencelerin bulunmadığı bir “dava” sonucu,³¹⁷ veya “en ciddi” suçlar arasında değerlendirilmeyen suçlar için,³¹⁸ ya da siyasi veya ilgili suçlar için³¹⁹ veya ölüm cezasına çarptırılmaması gereken insanlar için³²⁰ ölüm cezasının uygulandığı durumlar olarak tanımlanmaktadır.

³¹⁶ 4 Temmuz 2007 tarihli karar, *Zambrano Vélez ve Diğerleri/Ekvador Davası*, Seri C No. 166, para. 51.

³¹⁷ *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Covenant on Civil and Political Rights)*, Madde 6 (4) ve 14; *Ölüm cezasına çarptırılanların haklarının korunmasını teminat altına alana tedbirler (Safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty)*; ve *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (American Convention on Human Rights)*, Madde 4 (6) ve 8.

³¹⁸ *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Covenant on Civil and Political Rights)*, Madde 6 (2); *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (American Convention on Human Rights)*, Madde 4 (2); *Ölüm cezasına çarptırılanların haklarının korunmasını teminat altına alana tedbirler (Safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty)*; *Arap İnsan Hakları Şartı (Arab Charter on Human Rights)*, Madde 6; *Afrika’da Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuki Yardıma İlişkin İlkeler ve Kurallar (Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa)*, İlke N (9) (b). Uluslararası içtihat hukukuna dayanarak, hukuk dışı, hukuk dışı ve keyfi infazlar Özel Raportörü Prof. Philip Alston, “en ciddi suçlar” kavramı ile bağdaşmayan suçların açıklayıcı taslak bir listesini hazırlamıştır ve bu itibarla, bunlar için için ölüm cezası uygulamak yasaktır. *Hukuk dışı, hukuk dışı ve keyfi infazlar Özel Raportörü Prof. Philip Alston’ın Raporu (Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston)*, UN Doc. A/HRC/4/20, 29 Ocak 2007, para. 40 ve 51.

³¹⁹ *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (American Convention on Human Rights)* (Md. 4.4).

³²⁰ Bu bağlamda, çocuklar veya çocukken hüküm giymiş kişiler ölüm cezasına çarptırılmaz. (*Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme - International Covenant on Civil and Political Rights*, Md 6.5.; *Çocuk Hakları Sözleşmesi - Convention on the Rights of the Child*, Md. 37 (a); *Ölüm cezasına çarptırılanların haklarının*

İnsan Hakları Komitesi'nin vardığı sonuca göre, yalnızca suç kategorisine dayanarak zorunlu olarak ölüm cezası uygulanması, hakimın suçlunun kişisel koşullarını veya suçun fiili olarak işlendiği koşulları değerlendirme payının olmamasına sebep olmakta, dolayısıyla bu istisnai ceza türünün failin içinde bulunduğu koşullarda uygun olup olmadığını değerlendirme şansı olmadan kişiyi en temel hakkı olan yaşam hakkından yoksun bırakmak anlamına gelmektedir.³²¹ Hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infazlar Özel Raportörü de aynı sonuca ulaşmıştır.³²²

"Hala ölüm cezasını uygulayan devletler, ilgili davalarda istisnasız olarak yargılama ile ilgili güvenceleri büyük bir titizlikle gözetmelidir. Ölüm cezasının istisnai bir biçimde ağır ve onarılamaz mahiyeti dikkate alınarak,

korunmasını teminat altına alana tedbirler - Safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, Md. 3; Pekin Kuralları - Beijing Rules, Kural 17.2; Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi - American Convention on Human Rights, Md. 4.5; Arap İnsan Hakları Şartı - Arab Charter on Human Rights, Md. 7; 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Protokol I - Additional Protocol I, Md. 77 (5) ve Ek Protokol II - Additional Protocol II, Md. 6 (4); Afrika'da Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuki Yardıma İlişkin İlkeler ve Kurallar - Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa, İlke N (9) (c)); benzer şekilde hükümlü suçü işlediğinde yetmiş yaşın üzerindeyse (Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Md. 4.5); zihinsel engelliler (Ölüm cezasına çarptırılanların haklarının korunmasını teminat altına alana tedbirler, Md. 3); hamile kadınlar (Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Md. 6.5; Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Md. 4.5; Arap İnsan Hakları Şartı, Md. 7; Afrika'da Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuki Yardıma İlişkin İlkeler ve Kurallar, İlke N (9) (c); 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Protokol I, Md. 76.3 ve Ek Protokol II, Md. 6 (4); Ölüm cezasına çarptırılanların haklarının korunmasını teminat altına alana tedbirler, Md. 3); ayrıca yeni doğum yapmış kadınlar (Ölüm cezasına çarptırılanların haklarının korunmasını teminat altına alana tedbirler, Md. 3) ölüm cezasına çarptırılmaz.

³²¹ 31 Ekim 1995 tarihli görüşler, 390/1990 sayılı Bildirim, *Lubuto/Zambiya*, para. 7.2; 18 Ekim 2005 tarihli görüşler, 1132/2002 sayılı Bildirim, *Webby Chisanga/Zambiya*, para. 7.4; 18 Ekim 2000 tarihli görüşler, 806/1998 sayılı Bildirim, *Lesley Thompson/Saint Vincent ve Grenadinler*, para. 8.2. Aynı bağlamda, bkz., Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (Inter-American Court of Human Rights), 21 Haziran 2002 tarihli karar, *Hilaire, Constantine ve Benjamin ve Diğerler/Trinidad ve Tobago*, Seri C No. 94, para. 103, 104, 105 ve 108.

³²² Diğerlerinin yanı sıra bkz.: *Hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar Özel Raportörü Philip Alston'ın Raporu (Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston)*, UN Doc. A/HRC/4/20, 29 Ocak 2007, para. 54 - 62.

bilgi edinme hakkının gözetilmesinin bu durumda çok daha zaruri hale geldiği açıktır.” Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi³²³

3. Hukuk Dışı İnfazın Nitelendirilmesi

Uluslararası hukuk kapsamında, hukuk dışı infazlar hem ciddi bir insan hakkı ihlali hem de suç teşkil etmektedir. Hukuk dışı infaz yasağı bir *jus cogens* kuralıdır.³²⁴

a. Ağır insan hakları ihlali

BM Genel Kurulu, hukuk dışı, keyfi ve kısa yoldan infazları defalarca kınamıŐ³²⁵ ve “en temel insan hakkı olan yaşam hakkının ağır ihlali”,³²⁶ “menfur bir uygulama”³²⁷ ve “temel yaşam hakkının aleni ihlali”³²⁸ olarak tanımlamıştır. Genel Kurul, hukuk dışı

³²³ OC-16/99 sayılı Tavsiye Görüşü, Uygun Hukuki Usuli Güvence Çerçevesinde Konsolosluk Yardımı ile İlgili Bilgi Edinme Hakkı (*The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*), 1 Ekim 1999, Seri A No. 16, Para. 135

³²⁴ Diğerlerinin yanı sıra bkz.: Birleşmiş Milletler Altıncı Suçu Önleme ve Suçluların Muamelesi Kongresi (Sixth Congress of the United Nations on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders), (1980), Hukuk dışı infazlara ilişkin 5 sayılı Karar, par. 2 ve 5, A/CONF.87/14/Rev.1 (1981); Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (Inter-American Court of Human Rights), 14 Mart 2001 tarihli karar, *Barrios Altos/Peru Davası*, Seri C No. 75, 11 Mayıs 2007 tarihli karar, *Rochela Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 163, 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve Diğerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154, ve 25 Ekim 2012 tarihli karar, *El Mozote ve çevresindeki cinayetler/El Salvador Davası*, Seri C No. 252; ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu (Inter-American Commission on Human Rights), *Siğınma ve Uluslararası Suçlar ile İlgili Tavsiye (Recommendation on Asylum and International Crimes)*, 20 Ekim 2000, OAS/Ser.L/V/II.111, doc. 20 revs. 16.

³²⁵ 35/175 sayılı 15 Aralık 1980 tarihli; 36/175 sayılı 9 Kasım 1981 tarihli; 37/182 sayılı 17 Aralık 1982 tarihli; 38/96 sayılı 16 Aralık 1983 tarihli; 39/110 sayılı 14 Aralık 1984 tarihli; 40/143 sayılı 13 Aralık 1985 tarihli; 41/144 sayılı 4 Aralık 1986 tarihli; 42/141 sayılı 7 Aralık 1987 tarihli; 43/151 sayılı 8 Aralık 1988 tarihli; 44/159 sayılı 15 Aralık 1989 tarihli; 45/169 sayılı 18 Aralık 1989 tarihli; 45/162 sayılı 18 Aralık 1990 tarihli; 47/136 sayılı 1 Mart 1993 tarihli; 49/191 sayılı 9 Mart 1995 tarihli; 51/92 sayılı 12 Aralık 1996 tarihli; 53/147 sayılı 9 Aralık 1998 tarihli; 55/111 sayılı 4 Aralık 2000 tarihli; 57/214 sayılı 18 Aralık 2002 tarihli; 59/197 sayılı 20 Aralık 2004 tarihli; 61/173 sayılı 19 Aralık 2006 tarihli; 63/182 sayılı 18 Aralık 2008 tarihli; 65/208 sayılı 21 Aralık 2010 tarihli; and 67/168 sayılı 20 Aralık 2012 tarihli Kararlar.

³²⁶ 39/110 sayılı, 14 Aralık 1984 tarihli Karar.

³²⁷ 43/151 sayılı, 8 Aralık 1988 tarihli Karar.

³²⁸ 53/147 sayılı 9 Aralık 1998 tarihli Karar.

infazların ciddi insan hakkı ihlalleri olduğunu tekrar tekrar ifade etmiştir.³²⁹ Bununla birlikte, Genel Kurul, ayrıca, hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazların, insan haklarının “kullanımını ters yönde etkilediğini”³³⁰ de belirtmiştir. Benzer şekilde, Genel Kurul, “cezasızlığın, hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infazlar da dahil olmak üzere insan hakları ihlallerinin temel sebebi olmaya devam ettiğini”³³¹ defalarca ifade etmiştir.

“Hukuk dışı infazlar, çoğunlukla kişisel ve cinsel özgürlük, kişi bütünlüğü (işkence görmeme) ve yasaların korumasından yararlanma hakları gibi diğer temel haklara da zarar verdiğiinden yaşam hakkının özel bir ihlal şeklidir.”

Peru Ombudsmanlığı³³²

İnsan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası organların konu ile ilgili içtihatları da tutarlıdır. İnsan Hakları Komitesi, hukuk dışı infazı defalarca ağır bir insan hakları ihlali olarak tanımlamıştır.³³³ Bu tutum, Tazminata Dair İlkeler taslağının hazırlanması sırasında BM Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu

³²⁹ Örn. Bkz., 53/147 sayılı Aralık 1998 tarihli, 55/111 sayılı 4 Aralık 2001 tarihli, 63/182 sayılı 18 Aralık 2008 tarihli, 65/208 sayılı 21 Aralık 2010 tarihli ve 67/168 sayılı 20 Aralık 2012 tarihli hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infazlar üzerine Kararlar.

³³⁰ 65/208 sayılı 21 Aralık 2010 tarihli Karar.

³³¹ 55/111 sayılı 4 Aralık 2000 tarihli Karar, para 2. Ayrıca bkz.: 53/147 sayılı 9 Aralık 1998 tarihli, 57/214 sayılı 18 Aralık 2002 tarihli, 59/197 sayılı 20 Aralık 2004 tarihli, 61/173 sayılı 19 Aralık 2006 tarihli, 63/182 sayılı 18 Aralık 2008 tarihli; 65/208 sayılı 21 Aralık 2010 tarihli and 67/168 sayılı 20 Aralık 2012 tarihli Kararlar.

³³² *Informe Defensorial No. 97, A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Lima, Eylül 2005, s. 98 (İspanyolca orjinalinden mealen çevrilmiştir).

³³³ Örn. Bkz.: 29 Mart 1982 tarihli görüşler, 30/1978 sayılı Bildirim, *Bleier Lewhoff ve Valiño de Bleier/Uruguay Davası*; 31 Mart 1982 tarihli görüşler, 45/1979 sayılı Bildirim, *Pedro Pablo Camargo/Kolombiya Davası*; 31 Sayılı Genel Yorum, “Sözleşmeye Taraf Devletlerin üzerindeki yasal yükümlülüğün mahiyeti” (*Nature of the legal obligation on States parties to the Covenant*); 27 Ekim 1995 tarihli görüşler, 563/1993 sayılı bBildirim, *Nydia Erika Bautista/Kolombiya Davası*; ve 29 Temmuz 1997 tarihli görüşler, 612/1995 sayılı Bildirim, *José Vicente ve Amado Villafañe Chaparro ve Diğerleri/Kolombiya Davası*.

Özel Raportörü Prof. Theo van Boven tarafından da yinelenmiştir.³³⁴

"Genel Kurul [...]cezasızlığın, hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infazlar da dahil olmak üzere insan hakları ihlallerinin temel sebebi olmaya devam ettiğini belirtir [...] bütün devletlerin hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infaz şüphesi olan tüm vakaları kapsamlı ve tarafsız bir şekilde soruşturmakla, sorumluları belirleyip yargı önüne getirmekle, herkesin ilgili yasa uyarınca kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil ve kamuya açık yargılanma hakkını temin etmekle, mağdurlara veya ailelerine yeterli tazminat vermekle, cezasızlığa son vermek ve bu tür infazların tekrarlanmasını önlemek için yasal ve adli tedbirler de dahil bütün tedbirleri almakla yükümlü olduklarını hatırlatır. [...] Devletlerin hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infazlarla ilgili cezasızlığa son vermek için önleyici tedbirlerle beraber etkili adımların atılmasının önemini vurgular ve devletlere bu tedbirlerin çatışma sonrası barışın inşası süreçlerine dahil edilmesini sağlama çağrısı yapar."³³⁵

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ise, hukuk dışı infazları, ciddi insan hakkı ihlalleri olarak tanımlamış ve "uluslararası insan hakları hukuku tarafından tanınan sınırlandırılmayan hakları ihlal ettikleri için yasaklandıklarını"³³⁶ belirtmiştir.

b. Uluslararası hukuk kapsamında suç

1980 yılında düzenlenen Altıncı Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Muamelesi Kongresi, hukuk dışı infazları, ortadan kaldırılması "uluslararası düzeyde yüksek öncelik sahibi" olan "menfur bir suç" olarak nitelendirmiştir.³³⁷ Hükümetler arası organlar,³³⁸ uluslararası içtihat hukuku³³⁹ ve hukuk doktrini³⁴⁰

³³⁴ Bkz. BM Belgeleri (UN Docs). E/CN.4/1997/104, E/CN.4/Sub.2/1996/17 ve E/CN.4/Sub.2/1993/8.

³³⁵ 55/111 sayılı, "Hukuk dışı, kısa yoldan ya da keyfi infazlar" ile ilgili, 4 Aralık 2000 tarihli Karar, para. 2, 6 ve 9.

³³⁶ 14 Mart 2001 tarihli karar, *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre ve Diğerleri)/Peru Davası*, Seri C No. 75, para. 41. Aynı bağlamda, bkz.: 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru Davası*, Seri C No. 162, para. 152; ve 24 Şubat 2011 tarihli karar, *Gelman/Uruguay Davası*, Seri C No. 221, para. 225.

³³⁷ Birleşmiş Milletler'in 1980'de düzenlenen Altıncı Suçu Önleme ve Suçluların Muamelesi Kongresi'nde kabul edilen 5 sayılı "Hukuk dışı infaz" Kararı, para 2, A/CONF.87/14/Rev.1 (1981) s. 8-9.

³³⁸ Diğerlerinin yanı sıra, bkz.: Birleşmiş Milletler Altıncı Suçu Önleme ve Suçluların Muamelesi Kongresi (Sixth Congress of the United Nations for the Prevention of Crime

hukuk dışı infazları defalarca uluslararası hukuk kapsamında suç olarak tanımlamışlardır. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de hukuk dışı infazların mutlak surette yasaklanmasının ve failerin soruşturulması, yargılanması ve cezalandırılması yükümlülüğünün uluslararası hukukun *jus cogens* normu olduğunu belirtmiştir.³⁴¹

“Hukuk dışı infaz durumlarında, devletler, etkili bir soruşturma yürütmeli ve bilhassa devlet yetkilileri olaya iştirak etmiş olduğunda, failleri cezalandırmalıdır. Aksi halde, cezasızlık ortamında bu tür olayların devam etmesini sağlayacak koşulları yaratırlar. Bu da yaşam hakkını gözetme ve teminat altına alma yükümlülüğü ile çeliŐmektedir.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi³⁴²

Uluslararası standartlar, hukuk dışı infazların suç teşkil ettiğini açıkça teyit etmektedirler. Bu bakımdan, *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler*³⁴³ uyarınca, “Devletler, kanunla, bütün yasa dışı, keyfi ve

and the Treatment of Offenders)1980, 5 sayılı Karar, “Hukuk dışı infazlar” (“Extrajudicial executions”).

³³⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bkz.: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, (Inter-American Court of Human Rights), 14 Mart 2001 tarihli karar, *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre ve Diğerleri)/Peru Davası*, Seri C No. 75, para. 41, 8 Temmuz 2004 tarihli karar, *Gomez Paquiyauri Kardeşler/Peru Davası*, Seri C No. 110, par. 76 ve 128, 24 Kasım 2010 tarihli karar, *Gomes Lund ve Diğerleri (Guerrilha do Araguaia)/Brezilya Davası*, Seri C No. 219, para. 172; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu (Inter-American Commission on Human Rights), *Siğınma ve uluslararası suçlar ile ilişkisi üzerine Tavsiye (Recommendation on asylum and its relations with international crimes)*, 20 Ekim 2000.

³⁴⁰ Diğerlerinin yanı sıra, bkz: Nigel Rodley, *Uluslararası Hukuk Kapsamında Mahpusların Muamelesi (The Treatment of Prisoners under International Law)*, Clarendon Press – Oxford, 1999, İkinci Basım, s. 192.

³⁴¹ Diğerlerinin yanı sıra, bkz: 14 Mart 2001 tarihli karar, *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre ve Diğerleri)/Peru Davası*, Seri C No. 75, para. 41; 8 Temmuz 2004 tarihli karar, *Gomez Paquiyauri Kardeşler/Peru Davası*, Seri C No. 110, para. 76 ve 128; 3 Mart 2005 tarihli karar, *Huilca Tecse/Peru Davası*, Seri C No. 121, para. 65 ve 66; 25 Kasım 2006 tarihli karar, *Miguel Castro-Castro Hapishanesi/Peru Davası*, Seri C No. 160, para. 144; ve 4 Temmuz 2007 tarihli karar, *Zambrano Vélez ve Diğerleri/Ekvador Davası*, Seri C No. 166, para. 96.

³⁴² 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Baldeón-García/Peru Davası*, Seri C No. 147, para. 91

³⁴³ Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 1989/65 sayılı, 24 Mayıs 1989 tarihli Kararında ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından bir dizi kararda tavsiye edilmiştir.

kısa yoldan infazları yasaklamalı ve bu tür infazların iç ceza mevzuatına göre suç olarak düzenlenmesini ve suçun ağırlığı dikkate alınarak gerekli cezalarla cezalandırılmasını sağlamalıdır.”³⁴⁴ Benzer şekilde, “Devletler egemenlikleri altındaki herhangi bir bölgede yasa dışı, keyfi veya kısa yoldan infazlara katıldıkları soruşturmayla tespit edilen kimselerin adalet huzuruna çıkarılmalarını sağlamalıdır. Devletler, bu kimseleri ya adalet huzuruna çıkarmalı ya da bu kimseleri yargı yetkisini kullanmak isteyen diğer ülkelere iade etmelidir. Faillerin ve mağdurların kim olduklarına ve nerede olduklarına, bunların uyruklarına veya suçun nerede işlendiğine bakılmaksızın, bu ilke uygulanır.”³⁴⁵ Sir Nigel Rodley tarafından belirtildiği üzere, İlkeler, hukuk dışı infazların uluslararası hukuk kapsamında suç niteliği taşıyan mahiyetlerini bir kez daha teyit etmektedir.³⁴⁶

Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Rehber İlkeler’de de hukuk dışı infazların “uluslararası hukuk kapsamında ciddi bir suç”³⁴⁷ teşkil ettiği ifade edilmektedir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, devletlerin, uluslararası hukuk kapsamında kendi yargı yetkilerini kullanarak hukuk dışı infazları engellemek, soruşturmak ve sorumluları adalet karşısına çıkarmakla yükümlü olduklarını tekrar ifade etmiştir.³⁴⁸ Genel Kurul, “bütün devletlerin, uluslararası hukuk kapsamında hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infaz olduğundan şüphelenilen tüm vakalara ilişkin kapsamlı, vakitli ve tarafsız soruşturma yürütmek, sorumluları belirleyip yargı karşısına çıkarmak, herkesin ilgili yasa uyarınca kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil ve kamuya açık yargılanma hakkını temin etmekle; makul bir süre içerisinde mağdurlara veya ailelerine yeterli tazminat vermekle; cezasızlığa son vermek ve bu tür infazların

³⁴⁴ İlke 1.

³⁴⁵ İlke 18.

³⁴⁶ Nigel Rodley, Doc. Cit., s. 198.

³⁴⁷ Tanım B “uluslararası hukuk kapsamında ciddi suçlar” (Definition B “Serious crimes under international law”).

³⁴⁸ Örn. Bkz., 61/173 sayılı, “hukuk dışı, kısa yoldan ya da keyfi infazlar” ile ilgili, 19 Aralık 2006 tarihli Karar, para. 3.

tekrarlanmasını önlemek için yasal ve adli tedbirler de dahil bütün tedbirleri almakla yükümlü olduklarını [...] hatırlatmıştır.”³⁴⁹

İnsan Hakları Komitesi de hukuk dışı infazlarla ilgili olarak, “Taraf Devletlerin, sorumluların adaletin karşısına çıkarılmasını sağlamak zorunda olduğunu”³⁵⁰ belirtmiştir.

İnsan Hakları Komitesi’ne göre, *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* kapsamında, “Taraf Devlet, kişilerin zorla kaybedilmesi ve yaşam hakkı ihlalleri başta olmak üzere insan hakkı ihlali iddialarını derinlemesine soruşturmak ve sorumluları kovuşturmak, yargılamak ve cezalandırmakla yükümlüdür. Bu tür ihlallerin faillerinin saptandığı durumlarda bu yükümlülük evleviyetle (*a fortiori*) geçerlidir.”³⁵¹ Ayrıca, Komite, devletlere, hukuk dışı infazları soruşturma ve sorumluları yetkili ceza mahkemelerinde adaletin karşısına çıkarma yükümlülüklerini defalarca hatırlatmıştır.³⁵²

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Amerika Sözleşmesi’ne taraf olan devletlerin, uluslararası düzeyde, hukuk dışı infazlardan sorumlu olanları yargılamak ve cezalandırmakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir.³⁵³ Aynı şekilde, Mahkeme, “bazı suçların ağırlığı göz

³⁴⁹ 67/168 sayılı, 20 Aralık 2012 tarihli Karar, para. 3.

³⁵⁰ 31 Sayılı Genel Yorum, “Sözleşme’ye taraf devletlerin üzerindeki yasal yükümlülüğün mahiyeti” (*General Comment No. 31: Nature of the legal obligation on States parties to the Covenant*), 29 Mart 2004, para. 18.

³⁵¹ 27 Ekim 1995 tarihli görüşler,. 563/1993 sayılı Bildirim, *Nydia Erika Bautista/Kolombiya*, para. 8.6.

³⁵² *Diğerlerinin yanı sıra*, bkz.: *İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri (Concluding Observations of the Human Rights Committee on) Peru* (CCPR/C/PER/CO/5, 29 Nisan 2013), *Arjantin* (UN Doc. CCPR/CO/70/ARG, 3 Kasım 2000), *Brezilya* (CCPR/C/BRA/CO/2, 1 Aralık 2005), *Kolombiya* (CCPR/C/COL/CO/6, 6 Ağustos 2010); *İran* (CCPR/C/79/Add.25, 3 Ağustos 1993), *Guatemala* (CCPR/CO/72/GTM, 27 Ağustos 2001), *Guyana* (CCPR/C/79/Add.121, 25 Nisan 2000), *Honduras* (CCPR/C/HND/CO/1), *Kenya* (CCPR/C/KEN/CO/3, 31 Ağustos 2012), *Meksika* (CCPR/C/79/Add.32, 18 Nisan 1994), *Nijerya* (CCPR/C/79/Add.65, 24 Haziran 1996), *Nijer* (CCPR/C/79/Add.17 - A/48/40, 29 Nisan 1993), *Panama* (CCPR/C/PAN/CO/3, 17 Nisan 2008) ve *Surinam* (CCPR/CO/80/SUR, 4 Mayıs 2004).

³⁵³ *Diğerlerinin yanı sıra*, bkz.: 10 Temmuz 2007 tarihli karar, *Cantoral-Huamaní ve García- Santa Cruz/Peru Davası*, Seri C No. 167; 8 Temmuz 2004 tarihli karar, *Gómez Paquiyauri Kardeşler/Peru Davası*, Seri C No. 110; 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Baldeón García/Peru Davası*, Seri C No. 147; 25 Kasım 2006 tarihli karar, *Miguel*

önüne alındığında, uluslararası örfi ve sözleşme temelli hukuk normlarının sorumluları yargılama yükümlülüğünü getirdiğini”³⁵⁴ belirtmiştir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu da benzer şekilde, hukuk dışı infazı uluslararası hukuk kapsamında suç olarak sınıflandırmıştır.³⁵⁵ Bu bağlamda, Komisyon, “hukuk dışı infaz durumunda, devletin, ölümün nasıl gerçekleştiğini soruşturmak, sorumlu yetkilileri ortaya çıkarmak, suçluları cezalandırmak ve mağdurun ailesini tazmin etmekle yükümlü”³⁵⁶ olduğunu yeniden teyit etmiştir.

Günümüzde hukuk dışı infazların ağır bir insan hakkı ihlali ve uluslararası hukuk kapsamında suç olduğu aşikardır.

Castro-Castro Hapishanesi/Peru Davası, Seri C No. 160; 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru Davası*, Seri C, No. 162; 11 Mayıs 2007 tarihli karar, *Rochela Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 163; ve 25 Ekim 2012 tarihli karar, *El Mozote ve çevresindeki cinayetler/El Salvador Davası*, Seri C No. 252.

³⁵⁴ 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú ve Diğerleri/Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 128.

³⁵⁵ Diğerlerinin yanı sıra, bkz., Tavsiye “Sığınma ve Uluslararası Suçlarla İlişkisi” (Recommendation “Asylum and its relation with International Crimes”), 20 Ekim 2000.

³⁵⁶ Rapor No. 43/97, Dosya No. 10.562, *Héctor Pérez Salazar (Perú)*, para. 39.

III. BÖLÜM: ZORLA KAYBETME, HUKUK DIŞI İNFAZ VE DİĞER SUÇLAR

“Yıllarca emniyet teşkilatı *düzen* denen şeyin en üstün amacının esasında insan olduğunu unutmuş ve Peruluların –yaşam hakkı dahil– haklarını toplu olarak suiistimal ve ihlal etmeyi bir strateji olarak benimsemiştir. Hukuk dışı infazlar, kayıplar, işkence, katliamlar, kadınlara yönelik cinsel şiddet ve benzeri şekilde kınanacak suçlar, tekerrür etme biçimleri ve yaygın halleri dolayısıyla Peru Devleti ve aktörlerinin telafi edebilmek adına öncelikle varlığını tanınması gereken bir insan hakkı ihlali döngüsü teşkil etmektedirler.”

Peru Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu³⁵⁷

1. Genel Hususlar

Deneyimlerden edindiğimiz bilgiler ışığında kaybedilmiş kişilerin sonunun sıklıkla ölüm olduğunu ve alıkonuldukları süre boyunca da kendilerini mağdur eden kişilerin insafında olduklarını ve genellikle işkenceye maruz bırakıldıklarını söylemek mümkündür. Bununla birlikte, birçok durumda, soruşturma ve yargı makamlarının, söz konusu kişinin aynı zamanda zorla kaybetme ve/veya işkence mağduru olduğunu unutarak yalnızca hukuk dışı infaz edilmesini ele aldığını da ifade etmek gerekir. Başka durumlarda ise, zorla kaybetmenin soruşturmaya tabi tutulmasına rağmen, sanki insan kaçırma suçu basitçe mağdurları kaybetmenin bir aracı veya yöntemiymiş gibi, söz konusu zorla kaybetme suçu yalnızca insan kaçırmanın bir biçimi olarak soruşturulur. Tüm bu uygulamalar fiili birer cezasızlık biçimi olarak nitelendirilmiştir.

Her biri kendi başına da uluslararası hukukta suç teşkil etse dahi, işlendikleri koşullara bağlı olarak hem hukuk dışı infaz hem de zorla kaybetme aynı zamanda uluslararası hukukta tanımlanmış olan en ağır suçlardan biri olabilir; insanlığa karşı suç, soykırım veya savaş suçu kategorisine de girebilir. Bunun hem yasal hem de delil bazında sonuçları vardır. Örneğin, uluslararası hukuka göre, hukuk dışı infaz

³⁵⁷ *Nihai Rapor (Final Report)*, Lima, 2003, s. 15 (İspanyolca orijinalinden mealen çevrilmiştir).

ve zorla kaybetme bizatihi zamaşımasına uğramayan suçlar değildir. Ancak bu suçların işlendiği koşullar nedeniyle ayrıca insanlığa karşı suç, savaş suçu veya soykırım statüsü edinirlerse bir kural olarak zamaşımasına uğrayamaz hale gelirler (bkz. Bölüm V: "Zorla Kaybetme ve Hukuk Dışı İnfaz Suçlarının Yargı Yoluyla Durdurulması"). Elbette ki hukuk dışı infaz veya zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç, soykırım veya savaş suçu sayılabilmesi için birtakım ek unsurların varlığının kanıtlanması gerekir.

2. Zorla Kaybetme ve İnsan Kaçırma

Zorla kaybetme suçunun insan kaçırmayla birtakım ortak noktaları bulunmaktadır. Hatta zorla kaybetmenin ceza kanununda ayrı bir suç olarak tanımlanmamış olduğu birçok ülkede mahkemeler bunu cezalandırmak adına insan kaçırmaya olarak nitelendirme yoluna gitmişlerdir.³⁵⁸ Buna karşın, zorla kaybetme ve insan kaçırmaya yalnızca suç teşkil eden davranış bakımından değil, etkilenen haklar bakımından da birbirinden çok farklı iki suçtur.

Bu hususta, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirttiği üzere, "kişilerin zorla kaybedilmesi[ne ilişkin olarak], bunun müstakil bir suç olarak tanımlanması ve suçu oluşturan cezayı müstelzim davranışların net olarak belirtilmesi suçun etkili bir biçimde ortadan kaldırılması için elzemdir. Kişilerin zorla kaybedilmesinin özellikle ciddi mahiyeti göz önüne alındığında, insan kaçırmaya, işkence ve cinayet gibi suçlar hakkındaki ceza kanunlarının sağladığı koruma yetersiz kalmaktadır. Kişilerin zorla kaybedilmesi, ayırt edici özelliği Sözleşme tarafından güvence altına alınmış çeşitli hakların çoklu ve sürekli olarak ihlal edilmesi olan farklı bir suçtur."³⁵⁹ Mahkeme, ayrıca, "zorla kaybetme suçunda belirleyici olan alıkonulmakta olan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığına kabul edilmemesi veya yeri ya da akıbetine

³⁵⁸ Örneğin Şili ve Arjantin'de mahkemeler zorla kaybetme suçunun faillerini insan kaçırmayı suç olarak tanımlayan yasalara dayanarak cezalandırmışlardır, ama bunu zorla kaybetme suçunun insan kaçırmaya suçu olarak cezalandırılacağını belirterek yapmışlardır. Zorla kaybetme suçu Arjantin mevzuatında ayrı bir suç olarak 2011 senesinde tanımlanarak yasa dışı ilan edilmiştir (26.679 sayılı Kanun, *Özgürlüğü Karşı Suçlar (Crimes against freedom)*, 5 Mayıs 2011).

³⁵⁹ 12 Ağustos 2008 tarihli karar, *Heliodoro Portugal/Panama Davası*, Seri C No. 186, para. 181.

ilişkin bilgi verilmemesi ve geride herhangi bir iz ya da delil bırakılmamasıdır. Bu unsur, zorla kaybetmenin genellikle iliŐkilendirildiĐi insan kaırma ve cinayet gibi başka suçlardan ayırt edilebilmesi ve böylece uygun kanıt standartlarının uygulanması ve suça karışmış tüm kişilere suçun ağırlılığıyla orantılı cezaların verilmesi işin suçun yasal tanımında kesinlikle bulunmalıdır”³⁶⁰ tespitinde bulunmuştur.

Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında alıŐma Grubu ise Şu ifadelere yer vermiştir: “Birtakım devletler zorla kaybetme suÇunu ulusal mevzuatlarına henüz dahil etmemiŐ olduklarını itiraf etmekte, ancak mevzuatlarının zorla kaybetme ile bağlantılı veya yakından ilişkili insan kaırma, hukuksuz gözaltı, yasa dışı biÇimde kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma, insan kaŐaklıĐı, yasa dışı özgürlüğün kısıtlanması ve güÇ kullanımının suiistimali gibi çeşitli suçlara karşı koruma sağladığını iddia etmektedirler. Fakat böyleleri bir parÇalı suçlar toplamı zorla kaybetmenin karmaŐıklılıĐını ve bilhassa ciddi mahiyetini yansıtmaktan acizdir. Bahsi geÇen suçlar zorla kaybetmenin belli bir çeşidinin bir parÇasını oluşturuyor olsa bile bunların hiÇbiri zorla kaybetmeyi bütünüyle, yani tüm unsurlarıyla, kapsamada yeterli değildir ve çoğunlukla öngördükleri yaptırımlar suçun hususi ağırlılığını dikkate almamakta, dolayısıyla da kapsamlı koruma sağlamayı baŐaramamaktadır”³⁶¹. Zorla Kaybetmeler Komitesi de benzer bir tutum sergilemiŐtir.³⁶²

“Dolayısıyla suçun ulusal mevzuattaki tanımı, genel geÇer ‘zgürlüğünden yoksun bırakma’ tabirinin kapsamındaki tüm halleri bütün çeŐitliliĐiyle iÇermelidir. Mesela, tek başına ‘insan kaırma’ ifadesini kullanmak uygun değildir; çünkü bu, yalnızca belli bir yasa dışı kaırma çeŐidine işaret eder.”

³⁶⁰ 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136, para. 103.

³⁶¹ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında alıŐma Grubu Raporu – Ek: Ulusal ceza mevzuatlarında zorla kaybetme konusunda en iyi uygulamalar (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances – Addendum: Best practices on enforced disappearances in domestic criminal legislation)*, A/HRC/16/48/Add.3, 28 Aralık 2010, Para. 11.

³⁶² Bakınız: *Zorla Kaybetmeler Komitesi (Committee on Enforced Disappearances) SonuÇ Gözlemleri: Almanya (Concluding Observations on: Germany)*, CED/C/DEU/CO/1, 10 Nisan 2014, para. 7; ve *İspanya*, CED/C/ESP/CO/1 12 Aralık 2013, para. 9.

Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu³⁶³

İnsan kaçıрма, suç teşkil eden davranış tipi (yasa dışı biçimde kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmak) bakımından "basit" bir suçken, zorla kaybetme doğası gereği "karmaşık" bir suçtur ve yukarıda I. Bölüm'de bahsedildiği üzere iki çeşit kümülatif davranış içerir: i) kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma ve ii) kaybedilmiş kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmış olduğunu kabul etmeme veya yeri ya da akıbeti hakkında bilgi vermeyi reddetme. Ayrıca uluslararası belgeler³⁶⁴ ve içtihat hukukunda belirtilmiş olduğu üzere, insan kaçıрма, suçun ilk kısmını (özgürlükten yoksun bırakma) gerçekleŐtirmenin yollarından biridir. Ancak zorla kaybetme suçunun oluşması için yalnızca insan kaçırmının tespit edilmesi yeterli değildir, bunun yanı sıra suçun diğer unsurlarının da bulunması gerekir – yani kaybedilmiş kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmış olduğunun kabul edilmemesi veya akıbeti ya da yerine ilişkin bilgi verilmesinin reddedilmesi. Diğer bir deyişle, insan kaçıрма, daha büyük bir suç olan ve mevcut olmak için suçun diğer unsurlarının (özgürlükten yoksun bırakmanın kabul edilmemesi veya mağdurun yeri ya da akıbetinin gizlenmesi) var olmasını gerektiren zorla kaybetmenin altında kapsanır.

Peru ve Kolombiya mahkemeleri içtihatları bu alanda örnek teşkil eder. Peru yasaları uyarınca zorla kaybetme suçunun oluşması için failin kamu görevlisi olması gerekirken Kolombiya ceza mevzuatında herhangi bir kişi zorla kaybetme suçunun faili olabilir.

Peru'da Lima Yüksek Mahkemesi "(nitelikli insan kaçıрма suçunun) unsurları (zorla kaybetme suçu) tarafından halihazırda içerilmektedir"³⁶⁵ hükmüne varmıştır. Daimi Ceza Dairesi Şu

³⁶³ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu – Ek: Ulusal ceza mevzuatlarında zorla kaybetme konusunda en iyi uygulamalar*, A/HRC/16/48/Add.3, 28 Aralık 2010, Para. 23.

³⁶⁴ *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası SözcleŐme* (md. II); *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası SözcleŐme* (md. 2); *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü* (md. 7, 2, i); ve *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* (Giriş bölümü Para. 3).

³⁶⁵ Lima Yüksek Mahkemesi, Birinci Özel Ceza Dairesi, 8 Nisan 2008 tarihli karar, Exp. 03-2003-1 SPE/CSJLI, *Dava/Julio Rolando Salazar ve diğerleri/ Nitelikli insan öldürme, Nitelikli insan kaçıрма ve zorla kaybetme*.

ifadeleri kullanmıştır: “Kişilerin zorla kaybedilmesi suçunun belirleyici nitelikleri arasında karmaşık bir yapı ve işlenme biçimi (*modus operandi*) vardır. Suç oluşturan davranışa, yasama organımızın kısıtlayıcı yaklaşımı çerçevesinde, devlet aktörleri eliyle maruz bırakılan kişinin yalnızca özgürlüğünden yoksun kılınmasını değil, aynı zamanda söz konusu tutuklamanın sistematik biçimde gizlenmesi suretiyle mağdurun yerinin meçhul kalmasını da içerir. Bu sebeple sürmekte olan ve esası itibariyle özel bir suç olarak nitelendirilmesi mümkündür. Burada, ilgili aktör mağdurun yerini açıklamayı reddederek akıbetini belirsizlik içerisinde tutar; böylece kayıp kişi hem hukukun koruması dışına çıkarılır hem de yargı koruması olanağından mahrum bırakılır. [...] Suçun karmaşıklığı yasal olarak *birçok farklı eylemden veya çoklu eylemlerden* meydana gelmesindedir.

“Zorla kaybetme suçu görev ihlali teşkil eden bir suçtur. Doğrudan buna dair herhangi bir görevlendirme olması gerekmez. Bir kamu görevlisinin vatandaşların haklarını koruma görevinin ihlali mevcuttur.”

Peru Ulusal Ceza Mahkemesi³⁶⁶

Bu suçu oluşturan iki edim bulunmaktadır: Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması ve akabinde de kaybedilmesi – bu ikinci boyut ortak paydaları yasa dışı Şekilde gözaltında tutulan kişiye dair bilgi vermeme, durumunu gizleme, sonrasında serbest bırakılması hakkında hiçbir bilgilendirme yapmama ve böylece hukuk sisteminin koruması dışına çıkarma olacak Şekilde birçok farklı formda hayata geçirilebilir.”³⁶⁷

Dolayısıyla Peru hukukunda zorla kaybetme, insan kaçırmadan farklı olarak, kamu görevlilerinin bir “görev ihlali” olarak nitelendirilmiştir. Ulusal Ceza Mahkemesi’nin hükmettiği üzere: “Görev ihlali yalnızca kişinin fiziksel olarak tutuklanması ve özgürlüğünden yoksun bırakılması (veya bunun yapılması için emir verilmesi) – yani somut olarak sadece insan kaçırmaya suçu teşkil eden boyut – ile sınırlı değildir; aynı zamanda akabinde söz konusu kişinin yeri hakkında bilgi vermeyi reddetme veya bu bilgileri gizleme, yasal çözümler arama hakkını esirgeme ve genel anlamda

³⁶⁶ 13 Ekim 2009 tarihli karar, Exp. No. 16-06, *DD Bendezu Gómez*.

³⁶⁷ 24 Eylül 2007 tarihli karar, R. N. No. 1598 – 2007.

kişiyi temel haklarının özgürce kullanımından mahrum ederek haysiyetini zedeleme şeklindeki fiilleri de kapsar. [...] Görev ihlalinin, adalet duygusuyla benzer bir zeminde, yasalarca korunan haklarla ve Devletin Anayasası kapsamındaki rolleri nedeniyle Silahlı Kuvvetler ve Emniyet Teşkilatı mensupları açısından daha da zaruri bir görev olan zarar vermeme (*neminem laedere*) ilkesiyle ilişkili olarak ele alınması gerekir. Bu kişilerin vatandaşları koruma görevi ve yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla bu görevlerini ihlal ederek birisini içinde yaşadığı ortamdandır, aile ocağından ve sosyal çevresinden koparıp temel haklarını özgürce kullanmasını engellemeleri beklenmez; ancak bu temel hakları korumaları beklenir çünkü [devlet memuru olarak] hakların garantörü rolüne haizdirler.”³⁶⁸

Kolombiya Anayasa Mahkemesi, “insan kaçırma, kişiyi ceza kanununda tanımlanmış amaçlarla yakalayan, yerinden koparan, alıkoyan veya gizleyen şahıs tarafından işlenmiş suçtur; [halbuki] zorla kaybetme suçu iki eylemden meydana gelir: Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması – ki bu ilk etapta yasal ve meşru dahi olabilir – ve akabinde saklanması yanı sıra özgürlüğünden mahrum edildiğinin kabul edilmemesi veya yeri hakkında bilgi verilmemesi yoluyla yasal koruma haricinde bırakılması.”³⁶⁹ Mahkeme, ayrıca, “insan kaçırma, rehin alma ve zorla kaybetme [fiillerinin] üç farklı suç teşkil ettiğine ve bunların her birinin oluşması için aynı ölçüde çeşitli unsurların varlığına dair kanıt gerektiğine” işaret etmiş ve Şu açıklamada bulunmuştur: “Nitekim insan kaçırma, ya – fidye için kaÇırmada olduğu üzere – bir eylemin

³⁶⁸ 13 Ekim 2009 tarihli karar, Exp. No. 16-06, *DD Bendezu Gómez*.

³⁶⁹ C-317/02 sayılı 2 Mayıs 2002 tarihli karar, Exp. D-3744, “*Ceza Kanunu’nu yasalılaŐtıran*” 599 2000 sayılı Kanun’un 165. Maddesi (kısmi) hakkında anayasaya aykırılık davası (*Lawsuit of unconstitutionality against Article 165 (partial) of Law 599 2000 “Whereby the Penal Code is enacted”*). Aynı bağlamda, bakınız: C-394/07 sayılı 23 Mayıs 2007 tarihli karar, Exp. D-6470, “*İnsan kaçırma mağdurları ve aileleri için koruyucu tedbirlerin ve diğer hükümlerin benimsendiği*” 986 2005 sayılı Kanun’un 2. Maddesi ve 15. Madde 3. kısmı hakkında anayasaya aykırılık davası (*Lawsuit of unconstitutionality of Articles 2 and 15, section 3, of Law 986 2005 “Whereby protection measures for abduction victims and their families are adopted, and other provisions”*); ve C-400/03 sayılı 20 Mayıs 2003 tarihli karar, Exp. D-4326, 589 2000 sayılı Kanun’un 10. Maddesi par.1 ve 2 hakkında anayasaya aykırılık davası (*Lawsuit of unconstitutionality of Article 10, par. 1 and 2, of Law 589 of 2000*).

yapılması ya da yapılmaması için, propaganda amaçlı olarak veya siyasi sebeplerle; ya da – basit kaçırmada olduğu üzere – başka bir sebeple kişinin geçici süreyle yakalanması, yerinden koparılması, tutulması veya saklanmasıdır. [...] Rehin alma suçunun oluşması için Şu unsurların mevcut olması gerekir: (i) kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması, (ii) bunun veya rehinenin güvenliğinin öteki tarafın talepleri karşılması koşuluna bağlanması ve son olarak, (iii) söz konusu eylemin silahlı çatışma bağlamında gerçekleşmiş olması. Aynı şekilde kişilerin zorla kaybedilmesinin meydana gelmesi için de farklı koşullar gereklidir. Yine kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı ama bunun geçici olmadığı, aksine söz konusu kişiyi gizleme ve yerine ilişkin bilgi vermeme maksadı bulunduğu zaman bu suçun oluştuğu dikkate alınmalıdır.”³⁷⁰

Peru hukuku insan kaçırma suçunu kişisel özgürlük hakkına karşı bir suç³⁷¹ olarak tanımlarken, zorla kaybetme suçu geniş bir yelpazedeki yasal hakları etkiler.³⁷² Yüksek Adalet Divanı zorla kaybetme suçunun “birçok farklı biçimde işlenebilecek, devlet iktidarının kötüye kullanıldığı koşullarda gerçekleşen ve insanın temel haklarına saygıyı zedeleyip onur kavramının kendisini ve en önemli insan haklarının özündeki anlamı temelden sarsan özellikle ciddi [...] karmaşık bir suç”³⁷³ olduğu kanaatindedir.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi ise “zorla kaybetme suçunun tanımlanması, diğerlerinin yanı sıra yaşam, özgürlük ve kişinin güvenliği hakkı ile zalimane, insanlık dışı veya küçültücü muamele yaşağı, keyfi tutuklama, gözaltı veya sürgüne maruz bırakılmama

³⁷⁰ C-394/07 sayılı 23 Mayıs 2007 tarihli karar, Exp. D-6470, “İnsan kaçırma mağdurları ve aileleri için koruyucu tedbirlerin ve diğer hükümlerin benimsendiği” 986 2005 sayılı Kanun’un 2. Maddesi ve 15. Madde para. 3 hakkında anayasaya aykırılık davası.

³⁷¹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, Yargıtay, Özel Ceza Dairesi, 7 Nisan 2009 tarihli karar, Exp. No. A.V. 19 – 2001, *Alberto Fujimori*, para. 680; ve Lima Yüksek Adalet Mahkemesi, Birinci Özel Ceza Dairesi, 1 Ekim 2010 tarihli karar, Exp. 28-2001, *Barrios Altos davası*.

³⁷² Ulusal Ceza Dairesi, 13 Ekim 2009 tarihli karar, Exp. No. 16-06, *DD Bendezu Gómez*; Lima Yüksek Adalet Mahkemesi, Birinci Özel Ceza Dairesi, 8 Nisan 2008 tarihli karar, Exp. 03-2003-1° SPE/CSJLI, *Julio Rolando Salazar ve diğerlerine karşı dava /nitelikli insan öldürme, nitelikli insan kaçırma ve zorla kaybetme*; Daimi Ceza Dairesi, 24 Eylül 2007 tarihli karar, R. N. No. 1598 – 2007.

³⁷³ Kurul Kararı (Plenary Accord) No. 09-2009/CJ-116, para. 7.

özgürlüğü, adil yargılanma ve sürecin kanunlarda belirtilen esaslara uygun yürütülmesi hakkı, tüzel kişiliğin yasa önünde tanınması hakkı, gözaltında insanca muamele hakkı gibi birçok yasal hakkın korunmasını amaçlar; insan kaçırma tanımının koruma altına aldığı yasal haklar ise yalnızca özgürlük ve kişisel özerklik hakkıdır"³⁷⁴ demıştır. Mahkeme, ayrıca, Şu karara varmıştır: "Kaybedilmiş kişi ile kaçırılmış kişinin içinde bulunduğu koşulların eşit derecede korkunç ve kabul edilemez olduğunu yadsımaksızın kaybedilmiş kişilerin rehinelere çok daha belirgin bir çaresizlik hali içerisinde oldukları görmezden gelinemez. [...] Temel haklara ve anayasal değerlere kişilerin zorla kaybedilmesinden daha çok zarar veren bir davranış bulunması pek muhtemel değildir; çünkü bu yalnızca mağdurun – insan onuru, bireysel özerklik, fiziksel bütünlük ve kişiliğin özgürce gelişimi dahil – yasal menfaatlerini değil, ailesininkileri de zedeler. [...] Zorla kaybetmenin insanların onuruna ve kişisel özgürlüğe ilişkin temel haklarına insan kaçırma suçundan daha ciddi bir saldırı teşkil ettiği savı, söz konusu suçlar için belirlenmiş olan cezalarla da desteklenmektedir."³⁷⁵

3. Zorla Kaybetme ve Hukuk Dışı İnfaz

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirttiği üzere "kaybetme pratiği sıklıkla yargılama olmaksızın gizli infaz ve akabinde bedenine suça ilişkin maddi delilleri ortadan kaldırmak ve sorumluların cezasız kalmasını sağlamak amacıyla gizlenmesini içerir."³⁷⁶

Bu gerçeğe ve zorla kaybetmenin başlı başına keyfi biçimde yaşamdan mahrum bırakılmama hakkını³⁷⁷ zedeleyici olmasına rağmen, uluslararası ve ulusal içtihatlarda vurgulandığı üzere (bkz. I. Bölüm: "Zorla Kaybetme"), kaybedilmiş kişinin akıbeti kaçınılmaz

³⁷⁴ C-317/02 sayılı 2 Mayıs 2002 tarihli karar, Exp. D-3744, "Ceza Kanunu'nu yasalaŐtıran" 599 2000 sayılı Kanun'un 165. Maddesi (kısmi) hakkında anayasaya aykırılık davası.

³⁷⁵ C-400/03 sayılı 20 Mayıs 2003 tarihli karar, Exp. D-4326, 589 2000 sayılı Kanun'un 10. Maddesi par.1 ve 2 hakkında anayasaya aykırılık davası.

³⁷⁶ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 85.

³⁷⁷ *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* Madde 1 (2).

olarak ölüm değildir. Hatta bazı ülkelerde birtakım zorla kaybedilme mağdurları sağ olarak kurtarılmıştır.³⁷⁸

“Kaybedilmiş kişilerin akıbeti hususunda ise, akrabalarının bu kişilerin kısa yoldan infazla veya alıkoyma merkezlerinde işkence sonucu ölmüş olduklarından endişelendiği görülmekte. Hatta birçok akrabasının kayıp olan sevdiklerini bölgede ortaya çıkarılmış olan gizli toplu mezarlarda aradığı gözlemleniyor. [...] Kaybedilmiş kişilerin ailelerinin durumu özellikle acı ve ağır. Tutuklanmış yakınlarını bulma umuduyla birçoğu hapisneden hapseye, kışladan kışlaya kilometrelerce yürüyerek ve bu sırada – herhangi bir besleme imkanı olmadan – çocuklarını taşıyarak dolanır dururlar. Kimi bulurlarsa, özellikle de tutuklanmış ve serbest bırakılmış olduklarını bildikleri kişileri sorgulamak suretiyle sevdikleri hakkında bilgi edinmeye çalışırlar. Sıklıkla toplu mezarların bulunduğu bilinen yerlere gitmeye çalışır; ama askeri merciler bu yerlere her türlü girişi yasakladığından ve dolayısıyla kendilerinin de tutuklanma riski olduğundan her zaman buralara ulaşmayı başaramazlar. Bazıları, toplu mezarlara gömülü bedenlerin mezardan çıkarılması için mahkeme emri çıkartarak yasal yollarla kaybedilmiş yakınlarının bedenlerini teşhis edebilmiştir. Bazıları ise çeşitli yerlerde gömülmemiş bedenler bulmuştur.”

Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu
(1985'teki Peru Misyonu)³⁷⁹

Zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz hem içerdikleri suç teşkil eden fiiller hem de ihlal ettikleri yasal haklar bakımından birbirinden ayrı ve belirgin özellikleri olan özerk suçlardır. Bu iki yasa dışı eylem aynı anda gerçekleştiğinde, yani diğer bir deyişle bir zorla

³⁷⁸ Örneğin, Arjantin'deki diktatörlük rejimi sona erdiğinde birçok kayıp kişi Buenos Aires'teki Donanma Yüksek Mekanik Okulu'nun tesislerinde sağ olarak bulunmuş ve serbest bırakılmıştır; Fas'ta 1970'lerde kaybedilmiş ve yıllar boyu Tazmamart ile Laayoune'deki gizli alıkoyma merkezlerinde tutulmuş yüzden fazla kişi 1990'ların başında Kral II. Hasan'ın emriyle serbest bırakılmıştır (Bakınız: *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu – Ek: Fas Misyonu*, A/HRC/13/31/Add.1, 9 Şubat 2010, para. 18 ve 19); Kolombiya'da bir kişi üç aydan fazla süreyle kayıp olduktan sonra Ulusal Başsavcının (*Procurador General de la Nación*) oluşturduğu özel bir komisyon tarafından askeri tesislerde sağ olarak bulunmuş ve kurtarılmıştır (Disiplin Dosyası (Disciplinary File) No. 022/73.048).

³⁷⁹ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu'nun iki üyesinin Peru ziyareti raporu (Report on the visit to Peru by two members of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances) (17-22 Haziran 1985), E/CN.4/1986/18/Add.1, 8 Ocak 1985, para. 50 ve 99.*

kaybetme mağduru tutsak olduğu süre zarfında öldürüldüğünde iki suç birden işlenmiş olur: Zorla kaybetme ve cinayet – çoğunlukla nitelikli haliyle. Bu durumlarda zorla kaybetme cinayet suçuna dahil edilmez, öte yandan cinayet de karmaşık bir suç olan zorla kaybetme suçunun içkin parçalarından biri değildir. Bu bağlamda, suçun karmaşık mahiyeti ve “Sözleşme’de garanti altına alınan birçok hakkın sürekli ve çoklu ihlali anlamına gelen ayrı ve başlı başına bir olgu”³⁸⁰ olmasından dolayı, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, cinayet suçu tanımının zorla kaybetme suçunun gerektirdiği korumayı sağlamadığı yorumunu yapmıştır. Bu tür durumlarda eşzamanlı suç olgusuyla karşı karşıya kalırız. Bu görüş Latin Amerika’da farklı mahkemelerce de tasdik edilmiştir. Örneğın Lima Yüksek Mahkemesi “[zorla kaybedilme] mağdurlarının ölümü, bu ikinci suçun diğeri yönünden özerk bir fiille oluşması dolayısıyla, eşzamanlı suçların meydana geldiği anlamına gelir”³⁸¹ ifadesini kullanmıştır.

Bu da her iki suçun birden soruşturulması ve ikisinin de faillerinin yargılanıp cezalandırılmasını gerektirir. Suçları soruşturmamanın, özellikle olayların aydınlatılması ile fail oldukları iddia edilen kişilerin soruşturulması, kimliklerinin belirlenmesi ve zorla kaybetme veya hukuk dışı infaz suçlarına ilişkin iştirak düzeylerinin tespit edilmesi açısından çok ağır sonuçları olur. Bu çeşit suç teşkil eden eylemlere genellikle birçok kişinin birbirinden ayrı biçimde, gizlice faaliyet göstererek iştirak etmesi dolayısıyla bu durum daha da ciddi bir hal alır. Yetkililer suç teşkil eden tüm eylemleri soruşturmadıklarında ve/veya işlenmiş tüm suçlardan sorumlu olanları kovuşturmadıklarında bunun fiili bir cezasızlık hali oluşturduğu düşünülür.

Alıkondukları sırada infaz edilmiş olan kayıp kişilerin bedenleri genellikle saklanmasına, gizlice gömülmesine veya yok edilmesine rağmen zorla kaybetme pratiği “gizli” hukuk dışı infaz ile veya

³⁸⁰ 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136, para. 92. Ayrıca bkz.: 12 Ağustos 2008 tarihli karar, *Heliodoro Portugal/Panama Davası*, Seri C No. 186, para. 181.

³⁸¹ 8 Nisan 2008 tarihli karar, Exp. 03-2003-1 SPE/CSJLI, *Julio Rolando Salazar ve diğelerine karşı dava / Nitelikli insan öldürme, Nitelikli insan kaçırma ve zorla kaybetme*, para. 135, s. 111.

kaçak mezarlara gömülme ile karıştırılmamalıdır. Bu iki durumda yetkililer söz konusu kişinin ellerinde olmuş olduğunu veya ölümüne sebebiyet vermiş olduklarını inkar etmezler; ancak infazın yeri, tarihi ve/veya gerçekleştiği koşullar ve/veya kişinin gömüldüğü yerin tam konumunu açıklamayı reddederler.³⁸² Bu tür vakalar, akrabalar mağdur edilmiş yakınlarının gömüldüğü yeri bilmesede dahi, zorla kaybetme suçu örneği değildir. Bununla birlikte, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi'nin de belirttiği üzere, "zorla kaybetme, gizli infaz ve mağdurun gömüldüğü yeri saklama [vakalarında] hakikat hakkının özel bir boyutu da söz konusudur: Bu da mağdurun yeri ve akıbeti hakkında bilgi edinme mevzusudur."³⁸³

4. Zorla Kaybetme ve İşkence

Zorla kaybetme tabiatı gereği kaybedilmiş kişi için bir çeşit işkence teşkil eder. *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge*'de ifade edilmiş olduğu üzere, "Herhangi bir zorla kayıp etme fiili, buna maruz kalan kişileri hukukun koruması dışına çıkarır ve bu kişilerin ve ailelerinin ağır ıstıraplar çekmelerine yol açar. Bu fiil [...] uluslararası hukuk kurallarını [...] ve] kişinin işkence ve diğer zalimane, gayri insani veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalmama hakkını ihlal eder"³⁸⁴. Uluslararası içtihat hukuku bu anlamda sözbirliği etmektedir (bkz. I. Bölüm: "Zorla Kaybetme"). Gerçekten de kaybedilmiş kişinin artan kırılganlık hali, kendilerini mağdur edenlere karşı tam anlamıyla savunmasız oluşları ve onları bekleyen akıbetin mutlak belirsizliği kendi başına bir işkence veya başka türlü zalimane ya da insanlık dışı muamele biçimidir.

"Hukuk dışı infaz, zorla kaybetme ve işkence zalimane ve menfur eylemler olmanın yanı sıra ciddi insan hakkı ihlali teşkil ederler. Bu

³⁸² İnsan Hakları Komitesi bu uygulamayla birçok ülkede karşılaşmış ve bazı münferit vakalarda bu hususta beyanlarda bulunmuştur. (Örneğin, bakınız, 26 Mart 2006 tarihli Görüşler, *Sankara ve diğerleri/Burkina Faso Davası*, 1159/2003 sayılı Bildirim).

³⁸³ *Hakikat Hakkı üzerine İnceleme (Study on the Right to the Truth), Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi Raporu (Report of the Office of the High Commissioner for Human Rights of the United Nations)*, E/CN.4/2006/91, 9 Ocak 2006, para. 59.

³⁸⁴ Madde 1 (2).

sebeplerle de cezasız kalmamaları gerekir; yani, diğer bir deyişle, insan hakkı ihlali oluőturun bu suçların failleri ve suç ortakları yaptıklarının yasal sonuçlarından kaçınmazlar.”

Peru Anayasa Mahkemesi³⁸⁵

Amerikalılar Arası Mahkeme'nin erken bir aşamada belirtmiş olduğu gibi, “uzun süreli tecrit ve iletişim imkanından mahrum kılınmak kendi başlarına kişinin psikolojik ve manevi bütünlüğüne zararlı, zalimane ve gayri insani muamele teşkil ederler.”³⁸⁶ Yani, kaybedilmiş kişinin ağır zihinsel ve ruhsal ıstırabından kaynaklanan işkence zorla kaybetme suçuna içkindir. Dolayısıyla ceza hukuku çerçevesinden bakılacak olursa, işkence suçu zorla kaybetme suçu kapsamında içerilmiş sayılır.

Bununla birlikte, kayıp kişi ölü veya sağ olarak bir şekilde ortaya çıkar ve bedeninde işkence ve fiziksel yaralanma izleri görülürse farklı bir durum oluşur. Aynıısı zorla kaybedilmiş kişinin hala kayıp ve alıkonulmakta olduğu durumlarda, mağdura işkence edilmiş olduğuna ilişkin delil, tanıklık veya faillerin itirafları vs. varsa da geçerlidir. Bu tür hallerde iki ayrı, birbirinden bağımsız suç işlenmiş sayılır: İşkence ve zorla kaybetme. Sonuç olarak da iki suçun birden soruşturulması, bunların ikisinden de sorumlu olan kişilerin yargılanıp cezalandırılması gerekir. Böylesi durumlarda her iki suçun birden soruşturulmaması ve iki suçun da faillerinin yargılanmaması veya bu suçlardan yalnızca bir tanesinin soruşturmaya tabi tutulması bir cezasızlık biçimi teşkil eder.

5. İnsanlığa Karşı Suçlar

a. İnsanlığa karşı suçlar hakkında

Hem zorla kaybetme hem hukuk dışı infaz kendi başlarına uluslararası hukukta suç olarak tanımlanmalarına rağmen ayrıca insanlığa karşı suç da teşkil edebilirler. Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü ve akabindeki birtakım uluslararası

³⁸⁵ 18 Mart 2004 tarihli karar, Exp. No. 2448-21002-HC/TC, Piura, *Genaro Villegas Namuche Davası*, yasal dayanak para. 5.

³⁸⁶ *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Doc. Cit., para. 156.

belgelerin ³⁸⁷ benimsenmesinden bu yana insanlığa karşı suç kavramı oluşturulmuş ve geliştirilmiştir.

"İnsanlığa karşı suçlar, insanlar için en temel, en esasa ilişkin olan hususlara – yani yaşam, özgürlük, fiziksel refah, sağlık ve/veya haysiyetlerine – darbe indirerek onlara zarar veren, ağır şiddet içerikli eylemlerdir. Bunlar, kapsam ve ağırlıkları dolayısıyla uluslararası toplum açısından tahammül edilebilir olmanın sınırlarını aşan insanlık dışı davranışlar olmaları nedeniyle cezalandırılmaları mecburidir. Fakat insanlığa karşı suçlar aynı zamanda bireyin kendisini aşar, çünkü bu kapsamda birey saldırıya uğradığında insanlığın kendisi saldırı altına alınmış ve hatta çürütölmüş olur. Dolayısıyla insanlığa karşı suçları gerçek anlamda niteleyen özellik bizzat insanlık kavramının kendisinin mağdur edilmesidir."

³⁸⁷ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Uzak Doğu için Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsü* (md. 5); Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca benimsenmiş *Nürnberg Mahkemesi Şartı ve Mahkeme Kararınca tanınmış Uluslararası Hukuk ilkeleri (Principles of International Law recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal)* (İlke VI); *Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Kabul Edilmemesine İlişkin Sözleşme (Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity)* (md. I, b); *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 5); *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 3); *İnsanlığın Barış ve Güvenliği aleyhine Suçlar hakkındaki Sözleşme Taslağı* (1996); *Birleşmiş Milletler Doğu Timor Geçiş Dönemi Yönetimi'nce benimsenmiş Ciddi Suçlara ilişkin Münhasır Yargı Yetkisi Bulunan Heyetlerin Kurulmasına dair Karar No. 2000/15 (Regulation No. 2000/15 adopted by the United Nations Transitional Administration in East Timor on Special Panels for Serious Crimes)*, (UNTAET/REG/2000/15, 6 Haziran 2000) (kısım 5); *Kamboçya Mahkemelerinde Demokratik Kampuçya Döneminde İşlenen Suçların Kovuşturulması için Olağanüstü Dairelerin Kurulmasına ilişkin Kanun (Law on Establishing Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea)* (md. 5); *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü* (md. 7); "Suçların Unsurları" ("Elements of Crimes"), "Madde 7 İnsanlığa karşı Suçlar, Giriş" ("Article 7 Crimes against Humanity, Introduction"), (*Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü Taraf Devletler Kurulu Birinci Olağan Oturumu, New York, 3-10 Eylül 2002, Resmi Belgeler / Assembly of the States Parties in the Rome Statute of the International Criminal Court First Regular Session, New York, 3 to 10 September 2002, Official Documents, Belge/Document ICC-ASP/1/3, s. 120*); ve *Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü* (md. 2). Zorla kaybetmeye ilişkin olarak ayrıca bakınız: *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* (Giriş bölümü Para. 4); *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme* (Giriş bölümü Para. 6); ve *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (md. 5).

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi³⁸⁸

İnsanlığa karşı suç işleme yasağı bir uluslararası teamül hukuku normudur³⁸⁹ ve uluslararası içtihatlarda sıkça tekrarlandığı üzere, *jus cogens* kuralları kapsamına girer.³⁹⁰ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi bu hususu "insanlığa karşı suç işleme yasağı bir *jus cogens* kuralıdır ve böylesi suçların cezalandırılması uluslararası hukukun genel ilkeleri uyarınca mecburidir"³⁹¹ şeklinde ifade etmiştir.

İlk etapta insanlığa karşı suçların silahlı çatışma bağlamında gerçekleştiği düşünölmüş olsa dahi,³⁹² bu unsur belirleyici olmaktan kesin surette çıkarılmıştır ve günümüzde Uluslararası Hukukta

³⁸⁸ 29 Kasım 1996 tarihli karar, *Savcılık/Endemovic*, Dosya No. IT-96-22-T.

³⁸⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Osmanlı İmparatorluğu tarafından Türkiye'de Ermenilerin katledilmesi konulu 24 Mayıs 1915 tarihli Fransa, Birleşik Krallık ve Rusya Ortak Deklarasyonu (Declaration of France, United Kingdom and Russia, 24 May 1915, on the killings of Armenians in Turkey conducted by the Ottoman Empire); Sevr Anlaşması, 10 Ağustos 1920; Savaş Yetkililerinin Sorumlulukları ve Cezaların Uygulanması Üzerine Soruşturma Komisyonu tarafından 1919 Barış Konferansı'nın Başlangıcında sunulan rapor (the report presented to the Preliminary Peace Conference of 1919 by the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Sanctions); 1945 Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı (*Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg*, 1945) Madde 6 (c); 1946 Müttefikler Kontrol Konseyi (*Allied Control Council*) Kanun No.10; Uzak Doğu için Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsü, 1946, Madde 6.c; İnsanlığın Barış ve Güvenliği aleyhine Suçlar hakkındaki Sözleşme Taslağı, 1954 (*Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*, 1954) Madde 2 (10); Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 1993, Madde 5; İnsanlığın Barış ve Güvenliği aleyhine Suçlar hakkındaki Sözleşme Taslağı, 1996, Madde 18.

³⁹⁰ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 14 Ocak 2000 tarihli karar, *Savcılık/Kupreskic ve diğerleri*, Dosya IT-95-16, para. 520; ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve Diğerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154, para. 94 ve devamı; ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17 Ocak 2006 tarihli kabul edilemezlik kararı, *Kolk ve Kislyiy/Estonya*, 23052/04 ve 24018/04 sayılı Başvurular, ve 17 Mayıs 2010 tarihli karar, *Kononov/Letonya*, Başvuru No. 36376/04.

³⁹¹ 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve Diğerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154, para. 99.

³⁹² Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı 6. Madde ve Uzak Doğu için Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsü 5. Maddede öngöröldüğü üzere.

insanlığa karşı suç işlenmiş sayılması için böyle bir şart aranmaz;³⁹³ yani artık uluslararası veya iç silahlı çatışma dönemlerinin yanı sıra barış dönemlerinde ve olağanüstü hal dönemlerinde de bu suçlar işlenmiş kabul edilebilmektedir.³⁹⁴

“İnsanlığa karşı suçlar ve silahlı çatışma arasında bir bağlantı aranmaması uluslararası teamül hukukunun yerleşik kurallarından biridir.”

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi³⁹⁵

İnsanlığa karşı suçların iki temel unsuru vardır: i) birtakım fiillerin yaygın ölçekli veya kitlesel şekilde işlenmesi ya da sistematik uygulanması³⁹⁶ ve ii) fiillerin kendileri.

³⁹³ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Kabul Edilmemesine İlişkin Sözleşme* (md. I, b); *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi* (md. I); *Savaş suçları ve insanlığa karşı suçları işleyen kişilerin cezalandırılması, sınırdışı edilmesi, tutuklanması ve belirlenmesinde uluslararası işbirliği ilkeleri* (İlke 1); *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 3); İnsanlığın Barış ve Güvenliği aleyhine Suçlar hakkındaki Sözleşme Taslağı (1996) (md. 18); *Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran Roma Statüsü* (md. 7); “Suçların Unsurları” (“Elements of Crimes”), “Madde 7 İnsanlığa karşı Suçlar, Giriş” (“Article 7 Crimes against Humanity, Introduction”), Para. 3; ve *Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü* (md. 2).

³⁹⁴ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, *Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Kabul Edilmemesine İlişkin Sözleşme* (md. 1.b).

³⁹⁵ 2 Ekim 1995 tarihli karar, *Savcılık/Tadiç*, (“Prijeğor”), Dosya No. IT-94-1-T, para. 141.

³⁹⁶ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 48. oturumunun faaliyetlerine dair *Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Raporu – 6 Mayıs-26 Temmuz 1996*, A/51/10, s. 47-48; *İnsanlığın Barış ve Güvenliği aleyhine Suçlar hakkındaki Sözleşme Taslağı* (md. 18); *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (md. 5); *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 3); *Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran Roma Statüsü* (md. 7); *Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü* (md. 2); *Kamboçya Mahkemelerinde Demokratik Kampuçya Döneminde İşlenen Suçların Kovuşturulması için Olağanüstü Dairelerin Kurulmasına ilişkin Kanun* (md.5); ve *Karar No. 2000/15*, 6 Haziran 2000, *Birleşmiş Milletler Doğu Timor Geçiş Dönemi Yönetimi Ciddi Suçlara ilişkin Münhasır Yargı Yetkisi Bulunan Heyetlerin Kurulması* (bölüm 5). *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* (Giriş bölümü Para. 4) ve *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (Giriş bölümü Para. 6) “sistematik uygulama” ile sınırlı olduğunu ifade etmek gerekir. Ayrıca bakınız, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi: 7 Mayıs 1997 tarihli karar, *Savcılık/Dusko Tadiç*, Dosya No. IT-94-1-T;

İlk unsura ilişkin olarak, çeşitli uluslararası belgelerde farklı ifadeler kullanılmıştır.³⁹⁷ Uluslararası insan hakları içtihatlarında toplu, yaygın veya sistematik uygulamadan; geniş çapta, yaygın veya sistematik kitlesel saldırılardan; ve sistematik ya da genelleşmiş olay örüntülerinden bahsedilmektedir.³⁹⁸ Tüm bu ifadeler aynı olguya işaret eder: Yani olanların birbirinden izole veya münferit olaylar olmadığına.³⁹⁹ Bu eylemler ya yaygındır ya geniş ölçekte veya kitlesel şekilde işlenmiş olurlar ya da bir politika veya plan dahilinde veya sistematik olarak işlenirler.⁴⁰⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nce belirtildiği üzere, "yaygın" ibaresi hem saldırının geniş ölçekli mahiyetine hem de mağdurların sayısına işaret etmekteyken, 'sistematik' ibaresi şiddet eylemlerinin örgütlü

14 Ocak 2000 tarihli karar, Savcılık/Kupreskic ve diğerleri, Dosya No. IT-95-16-T; 3 Mart 2000 tarihli karar, Savcılık/Tihomir Blaskic, Dosya No. IT-95-14-T; ve 26 Şubat 2001 tarihli karar, Savcılık/Kordic ve Cerkez, Dosya No. IT-95-14/2-T.

³⁹⁷ "Yaygın veya sistematik uygulama"; "Sistematik veya geniş çapta işlenmesi"; veya "sivil halka karşı yaygın veya sistematik saldırı".

³⁹⁸ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve diğerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154; 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202; 24 Kasım 2010 tarihli karar, *Gomes Lund ve diğerleri (Guerrilha do Araguaia)/Brezilya Davası*, Seri C No. 220; 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274; ve 20 Kasım 12 tarihli karar, *Gudiel Álvarez ve diğerleri ("Diario Militar")/Guatemala Davası*, Seri C No. 253. Ayrıca bakınız, İnsan Hakları Komitesi, *General Yorum 31*, Doc. Cit.

³⁹⁹ 48. oturumunun faaliyetlerine dair Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu – 6 Mayıs-26 Temmuz 1996, A/51/10, s. 101 ve 102.

⁴⁰⁰ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 48. oturumunun faaliyetlerine dair Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu – 6 Mayıs-26 Temmuz 1996, A/51/10, s. 101 ve 102; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 21 Mayıs 1999 tarihli karar, *Savcılık/Clément Kayishema ve Obed Ruzindana*, Dosya No. ICTR-95-1-T, para. 122; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 7 Mayıs 1997 tarihli karar, *Savcılık/Dusko Tadic*, Dosya No. IT-94-1-T, 14 Ocak 2000 tarihli karar, *Savcılık/Kupreskic ve diğerleri*, Dosya No, IT-95-16-T, 3 Mart 2000 tarihli karar, *Savcılık/Tihomir Blaskic*, Dosya No. IT-95-14-T, 26 Şubat 2001 tarihli karar, *Savcılık/Kordic ve Cerkez*, Dosya No. IT-95-14/2-T, ve 15 Mart 2002 tarihli karar, *Savcılık/Milorad Krnojelac*, Dosya No, IT-97-25-T, para. 53; ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162, para. 82.

yapısına ve tesadüfi olmalarının imkansızlığına atıfta bulunmaktadır.”⁴⁰¹

“Sistematik” olma unsuruna ilişkin olarak uluslararası içtihatlarda Şu açıklama yapılmıştır: i) bu, yazılı bir planın olmasını gerektirmez ve örneğın olaylar dizisinden, eylemlerin ve beyanların Şekilleri ve uydukları yaygın kalıplardan ve aynı zamanda fail oldukları iddia edilen kişilerin davranışlarından çıkarsanabilir⁴⁰² ve ii) muhakkak çoklu eylemlerin meydana gelmiş olmasını gerektirmez, bunun yerine tek bir eylemin bir plan, sistematik uygulama veya politika kapsamında gerçekteŐirilmiş olması insanlığa karşı suç işlenmiş sayılması iğın yeterlidir.⁴⁰³

“Peru, 1980’lerin başından 2000 senesinin sonuna dek, silahlı gruplarla ordu ve emniyet teşkilatı mensupları arasında süren bir çatıŐmaya sahne olmuştur. Önceki davalarda Mahkeme, söz konusu çatışmanın Peru Komünist Partisi, *Sendero Luminoso* (bundan böyle “Aydınlık Yol”) ve Túpac Amaru Devrimci Hareketi (bundan böyle “MRTA”) gibi yasa dışı silahlı gruplara mensup olduğundan Şüphelenilen kişilerin yasa dışı infaz edilmesi ve zorla kaybedilmesi – yani ordu ve emniyet güçlerinin baŐındakilerin verdiğı emirler doğrultusunda hareket eden devlet aktörlerinin gerçekteŐirdiğı eylemler – dahil insan hakkı ihlallerinin sistematik olarak uygulandığı bir ortamda Őiddetlendiğini kabul etmiştir.”
Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁴⁰⁴

⁴⁰¹ Ön Yargılama Dairesi Kararı, 4 Mart 2009, *Savcılık/Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Dosya No. ICC-02/05-01/09, para. 81. Aynı bağlamda, diğervalerinin yanı sıra, bakınız, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 21 Mayıs 1999 tarihli karar, *Savcılık/Clément Kayishema ve Obed Ruzindana*, Dosya No. ICTR-95-1-T, para. 123.

⁴⁰² Diğervalerinin yanı sıra, bakınız: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 3 Mart 2000 tarihli karar, *Savcılık/Tihomir Blaskic*, Dosya No. IT-95-14-T, para. 204 ve Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ön Yargılama Dairesi, 4 Mart 2009 tarihli karar, *Savcılık/Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Dosya No. ICC-02/05-01/09, para. 85.

⁴⁰³ Diğervalerinin yanı sıra, bakınız: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 7 Mayıs 1997 tarihli karar, *Savcılık/Dusko Tadic*, Dosya No. IT-94-1-T, 14 Ocak 2000 tarihli karar, *Savcılık/Kupreskic ve diğervaleri*, Dosya No. IT-95-16-T, ve 26 Şubat 2001 tarihli karar, *Savcılık/Kordic ve Cerkez Davası*, Dosya No. IT- 95-14/2-T; 48. oturumunun faaliyetlerine dair Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Raporu – 6 Mayıs-26 Temmuz 1996, A/51/10, s. 47; ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve Diğervaleri/Şili Davası*, Seri C No. 154, para. 96.

⁴⁰⁴ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Aile Fertleri/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 53.

Bazı uluslararası belgelerde "sivil halka saldırı" ifadesi kullanılmış olsa da bu, silahlı çatışmanın varlığını gerektiren bir ibare olarak değil, şiddet içerikli davranış olmasını gerektiren bir ibare olarak anlaşılmalıdır.⁴⁰⁵ Ayrıca bu tabir bir silahlı çatışmanın taraflarının mensuplarının mağdur kapsamına alınmasını engellemektedir.⁴⁰⁶

Uluslararası Hukuk Komisyonu, suçun "sistemik veya geniş çapta işlenmesi" ibaresinin "iki tane birbirine alternatif şart" koşmakta olduğunu belirtmiştir.⁴⁰⁷ Bu hususta uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatları da aynı şekildedir.⁴⁰⁸ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi saldırının yaygın veya sistemik olması gerektiğini ifade etmiştir; yani, "diğer bir deyişle, karşı karşıya olduğumuz çifte bir şart değil bir alternatiflik halidir."⁴⁰⁹

İkinci unsura, yani fiillerin kendilerine ilişkin olarak ise, geniş ölçekli veya sistemik olarak işlenmesi insanlığa karşı suç teşkil eden fiillerin listesi uluslararası hukukun gelişimiyle birlikte genişleyerek oluşmuştur. Hem örfi hem sözleşme temelli uluslararası hukukta güncel gelişmelerin ışığında, diğer fiillerin yanı

⁴⁰⁵ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: "Suçların Unsurları" ("Elements of Crimes"), "Madde 7 İnsanlığa karşı Suçlar, Giriş" ("Article 7 Crimes against Humanity, Introduction"), para. 2; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 15 Mart 2002 tarihli karar, *Savcılık/Milorad Krnojelac*, Dosya No. IT-97-25-T, para. 54; Uluslararası Ceza Mahkemesi, 15 Haziran 2009 tarihli karar, *Savcılık/Jean-Pierre Bemba Gombo*, Dosya No. ICC-01/05-01/08, para. 75.

⁴⁰⁶ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi: 7 Mayıs 1997 tarihli karar, *Savcılık/Tadić Davası*, IT-94-1-T "Prijedor", para. 640. Bu bağlamda: 13 Nisan 1996 tarihli karar, *Savcılık/Mile Mskic, Miroslav Radic ve Veselin Slivjančanin Davası*, ("Vukovar Hastanesi" Davası), Dosya No. IT-95-13-R61, para. 20 ve 32.

⁴⁰⁷ 48. oturumunun faaliyetlerine dair Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu – 6 Mayıs-26 Temmuz 1996, A/51/10, s. 47.

⁴⁰⁸ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 21 Mayıs 1999 tarihli karar, *Savcılık/Clément Kayishema ve Obed Ruzindana*, Dosya No. ICTR-95-1-T, para. 123; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 3 Mart 2000 tarihli karar, *Savcılık/Tihomir Blaskic*, Dosya No. IT-95-14-T, para. 19 ve 15 Mart 2002 tarihli karar, *Savcılık/Milorad Krnojelac*, Dosya No. IT-97-25-T, para. 57.

⁴⁰⁹ 12 Haziran 2002 tarihli karar, *Savcılık/Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac ve Zoran Vukovic*, Dosya No. IT-96-23 ve IT-96-23/1-A, para. 97.

sıra cinayet ve zorla kaybetmenin yaygın veya sistematik biçimde uygulanması insanlığa karşı suç teşkil eder.⁴¹⁰

b. İnsanlığa karşı suçlar ve hukuk dışı infaz

Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı'ndan bu yana tüm uluslararası belgeler kitlesel veya sistematik bir uygulama olarak ya da geniş ölçekli veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlendiğinde insanlığa karşı suç teşkil eden fiiller arasına cinayeti de dahil etmişlerdir.⁴¹¹

Bu hususta Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, "hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infazların bazı koşullar altında [...] Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü de dahil uluslararası hukuk uyarınca [...] insanlığa karşı suç teşkil edebileceğine"⁴¹² defalarca işaret etmiştir.

"Kısa yoldan ve keyfi öldürme ... ve zorla kaybetme ... Bu Sözleşme ihlalleri, sivil halka yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlendiklerinde insanlığa karşı suç haline gelirler."

İnsan Hakları Komitesi⁴¹³

⁴¹⁰ Bu hususta bakınız 48. oturumunun faaliyetlerine dair *Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu - 6 Mayıs-26 Temmuz 1996*, Genel Kurul Resmi Kayıtları, Elli birinci oturum, Ek No. 10 (A/51/10), s. 47 ve devamı; ve *Uluslararası Af Örgütü, Uluslararası Ceza Mahkemesi - Doğru Kararları Vermek, Bölüm I (International Criminal Court - Making the Right Choices, Part I)*, Ocak 1997, Dizin (Index) AI: IOR 40/01/97.

⁴¹¹ Diğerlerinin yanı sıra bakınız: *Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 6,c); *Uzak Doğu için Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsü* (md. 5); Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca benimsenmiş *Nürnberg Mahkemesi Şartı ve Mahkeme Kararınca tanınmış Uluslararası Hukuk ilkeleri* (İlke VI, c); *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 5,a); *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 3, a); *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü* (md. 7,1,a); ve *Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü* (md. 2, a).

⁴¹² 63/182 sayılı Karar, "Hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar", 18 Aralık 2008. Ayrıca bkz., 65/208 sayılı 21 Aralık 2010 tarihli Karar.

⁴¹³ *Genel Yorum No. 31: Sözleşme'ye Taraf Devletlere getirilen Genel Yasal Yükümlülüğün Mahiyeti (General Comment 31: Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant)*, Doc. Cit., para. 18.

c. İnsanlığa karşı suçlar ve zorla kaybetme

Zorla kaybetmenin yaygın veya sistematik olarak uygulanmasını insanlığa karşı suç olarak niteleyen ilk uluslararası belgeler 1990'larda benimsenmiştir. 1992 senesinde *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* ve 1994 senesinde de *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* zorla kaybetmenin sistematik bir biçimde uygulanmasını insanlığa karşı suç olarak nitelemiştir.⁴¹⁴ Ancak bu iki belge de kitlesel olarak uygulanma özelliğini ele almamıştır. Uluslararası Hukuk Komisyonu'na gelecek olursak, 1996 senesindeki *İnsanlığın Barış ve Güvenliği aleyhine Suçlar hakkındaki Sözleşme Taslağı*'nda zorla kaybetmeyi insanlığa karşı suç teşkil eden fiiller arasında saymıştır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde zorla kaybetme özel olarak insanlığa karşı suç teşkil edebilecek fiiller arasında belirtilmemiş olmasına rağmen Mahkeme, zorla kaybetmenin kitlesel ve sistematik olarak uygulanmasının 'insanlık dışı davranış' olduğu hükmüne varmıştır.⁴¹⁵ 1998'de *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü* zorla kaybetmeyi, yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlendiğinde insanlığa karşı suç oluşturan eylemler arasına dahil etmiştir.⁴¹⁶ Son olarak, 2006 senesinde *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* "zorla kaybetmenin yaygın veya sistematik olarak uygulanmasının, ilgili uluslararası hukuk hükümleri kapsamında tanımlandığı biçimiyle, insanlığa karşı suç teşkil ettiğini ve söz konusu ilgili uluslararası hukuk hükümlerince öngörülen yaptırımlara tabi olduğunu"⁴¹⁷ ifade etmiştir.

Ancak yine de bu uluslararası belgelerin kabul edilmesinden önce bile hükümetlerarası kurumların yargısal ve siyasi organlarının zorla kaybetmeyi insanlığa karşı suç olarak nitelendiriyor olması kayda değerdir. 1983'ten bu yana Amerika kıtasında, Amerikan Devletleri

⁴¹⁴ *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge*'nin Giriş bölümünün 4. Paragrafı ve *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*'nin Giriş bölümünün 6. Paragrafı.

⁴¹⁵ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, *Savcılık/Zoran Kupreskic ve diğerleri*, *doc. cit.*, para. 566.

⁴¹⁶ Madde 7(1)(i).

⁴¹⁷ Madde 5.

Örgütü Genel Kurulu, zorla kaybetmeyi, tanıma yaygın veya sistematik uygulama unsurlarını da dahil etmeden, insanlığa karşı suç olarak nitelendiren birçok karar çıkarmıştır.⁴¹⁸ 1983 senesinde bu husustaki ilk Kararı'nda, Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu "Amerika kıtasında kişilerin zorla kaybedilmesi uygulamasının Yarımkürenin vicdanına bir hakaret ve insanlığa karşı bir suç teşkil ettiğini"⁴¹⁹ ilan etmiştir. Benzer biçimde 1984'te Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi zorla kaybetmeyi insanlığa karşı suç olarak nitelendirmiştir.⁴²⁰ Bazı ülkeler – Peru'da olduğu üzere – zorla kaybetmeyi, yaygın veya sistematik olma unsurlarını da gerektirmeden suç olarak tanımlamışlardır.⁴²¹

Öte yandan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, baktığı ilk zorla kaybetme davasından bu yana zorla kaybetmeyi insanlığa karşı suç olarak nitelemiştir.⁴²² Akabinde, Mahkeme, uluslararası hukuktaki gelişmeleri takip ederek zorla kaybetmenin yaygın veya sistematik biçimde uygulanmasını insanlığa karşı suç olarak tanımlamıştır.⁴²³ 1980'li yıllardan bu yana Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu da aynı nitelemeyi yapmaktadır.⁴²⁴

"Münferit bir zorla kaybetme eylemi yine de birçok uluslararası insan hakları sözleşmesi uyarınca zorunlu kılındığı üzere faillerine cezai sorumluluk getiren uluslararası bir suç ve ağır bir insan hakkı ihlali olmayı

⁴¹⁸ Karar no. AG/Res.666 (XIII-0/83) 1983, no. AG/Res.742 (XIV-0/84) 1984, no. AG/Res.950 (XVIII-0/88) 1988, no. AG/Res.1022 (XIX-0/89) 1989, ve no. AG/Res.1044 (XX- 0/90) 1990.

⁴¹⁹ AG/RES. 666 (XII-0/83) sayılı, 18 Kasım 1983 tarihli Karar.

⁴²⁰ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 828 (1984) sayılı Kararı, para 12.

⁴²¹ Ceza Kanunu Madde 320, Başlık XIV-A "İnsanlığa karşı Suçlar" ("Crimes against Humanity") bölümünde.

⁴²² 29 Temmuz 1988 tarihli karar, *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Seri C No. 4, para. 153.

⁴²³ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú ve Diğerleri/Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 82.

⁴²⁴ Bkz., Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Yıllık rapor (Annual report) 1983-1984, Bölüm IV, Para. 8, 9 ve 12 ve Bölüm V, I.3, OAS/Ser.L/V/II.63 doc. 10, 28 Eylül 1984; 1986-1987 Yıllık Raporu, Bölüm V.II, OAS/Ser.L/V/II.71 Doc. 9 Rev. 1, 22 Eylül 1987; 1987-1988 Yıllık Raporu, Bölüm IV, OAS/Ser.L/V/II.74 Doc. 10 Rev. 1, 16 Eylül 1988; 1990-1991 Yıllık Raporu, Bölüm V, OAS/Ser.L/V/II.79, Doc. 12 Rev. 1, 22 Şubat 1991; ve 1991 Yıllık Raporu, Bölüm IV, OAS/Ser.L/V/II.81 Doc. 6 Rev. 1, 14 Şubat 1992.

sürdüremektedir. Buna göre devletler zorla kaybetmenin suç olarak tanımlanmasını yalnızca insanlığa karşı suç teşkil ettiği durumlarda sınırlandıramazlar...”

Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu⁴²⁵

Her halükarda, uluslararası hukuktaki güncel gelişmeler ışığında zorla kaybetmenin yaygın veya sistematik biçimde uygulanmasının insanlığa karşı suç teşkil ettiği yadsınamaz bir gerçektir. Zorla kaybetmenin uluslararası bir suç olarak sınıflandırılması hususunda geniş bir uluslararası mutabakat sağlanmış olmasına rağmen bu mağdurlara daha geniş koruma sağlayan bölgesel veya ulusal düzeydeki tanım veya nitelendirmelerin önünde engel oluşturmaz. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nce de açıkça ifade edildiği üzere, “başka uluslararası belgeler veya ulusal mevzuat kişiye daha geniş koruma sağlıyorsa ilgili kişi bundan yararlanma hakkına sahiptir.”⁴²⁶

Benzer biçimde, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de şu ifadede bulunmuştur: “Uluslararası hukuk, cezai kovuşturmanın gelecekte yeni insan hakkı ihlallerinin meydana gelmesini engellemek için temel bir yöntem olduğu anlayışına dayanarak bu tür davranışların doğru tanımlanması için asgari bir standart ve bu tanımların içermesi gereken asgari unsurları belirlemektedir. Başka bir deyişle, devletler, korunan hakların daha fazla veya daha iyi bir şekilde teminat altına alınmasını sağlayacağı görüşünde olduklarında cezai kovuşturmayı genişletmek adına belli bir suç tipine ilişkin daha sıkı standartlar belirleyebilirler. Ancak bunu yaparken söz konusu standartların korumakla yükümlü oldukları

⁴²⁵ Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu – Ek: Ulusal ceza mevzuatlarında zorla kaybetme konusunda en iyi uygulamalar (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances – Addendum: Best practices on enforced disappearances in domestic criminal legislation), A/HRC/16/48/Add.3, 28 Aralık 2010, para. 18.

⁴²⁶ 22 Şubat 2001 tarihli karar, Savcılık/Kunarac ve diğerleri, Dosya No. IT-96-22 ve IT-96-23/1, para. 473 ve devamı. (Fransızca orijinalinden mealen çevrilmiştir).

başka normları ihlal etmemesi şarttır.⁴²⁷ Tam da bu kriter ulusal mahkemeler tarafından da tasdik edilmiştir.⁴²⁸

BirÇok ũlkenin ulusal mevzuatında zorla kaybetme insanlıŐa karşı suÇ teşkil eden fiiller arasında sayılmıŐtır.⁴²⁹ Amerika kıtasındaki Şu ũlkeler bunu mevzuatlarında iŐermiŐlerdir: Arjantin,⁴³⁰ Kanada,⁴³¹

⁴²⁷ 22 Eylũl 2006 tarihli karar, *Goiburũ ve DiŐerleri/Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 92.

⁴²⁸ ŐrneŐin, bakınız, Kolombiya Anayası Mahkemesi: C-317/02 sayılı 2 Mayıs 2002 tarihli karar ve C-580/02 sayılı 3 Temmuz 2002 tarihli karar.

⁴²⁹ Almanya (Uluslararası Hukuka Karşı SuÇlar Kanunu md.7.1.7); Avustralya (1995 tarihli Ceza Kanunu md.268.21 ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne dair 2002 tarihli Kanun Ek 1); Azerbeycan (Ceza Kanunu md. 110); BelÇika (Ceza Kanunu md. 136); Bosna Hersek (Ceza Kanunu md. 172); Burkina Faso (Ceza Kanunu md. 314); Burundi (Ceza Kanunu md. 196 ve 197 ve 001/2004 sayılı 8 Mayıs 2004 tarihli *soykırım, insanlıŐa karşı suÇlar ve savaş suÇlarının Önlenmesi* Kanunu md. 3,); Kıbrıs (Ceza Kanunu 23(III)/2006 sayılı 28 Temmuz 2006 tarihli kanunu md. 4); Kongo (8 sayılı, 31 Ekim 1998 tarihli Kanun md. 6.k ve 8); Hırvatistan (Ceza Kanunu md. 157-A); Slovenya (Ceza Kanunu md. 101); İŐpanya (Ceza Kanunu md. 607 bis); Filipinler (uluslararası insancıl hukuka karşı suÇlar, soykırım ve insanlıŐa karşı suÇların tanımlanmasına ve cezalandırılmasına, yetki alanlarının dũzenlenmesine, Özel mahkemelerin belirlenip ilgili hũkũmlerin kabul edilmesine dair 11 Aralık 2009 tarihli 9851 sayılı Kanun, md. 6); Finlandiya (Ceza Kanunu bŐlũm 11); Fransa (Ceza Kanunu md.212.1); Endonezya (Özel İnsan Hakları Dairesi'nin kurulmasına ilişkin 26 2000 sayılı Kanun md. 9); Irak (18 Ekim 2005 tarihli Irak Yũksek Ceza Mahkemesi Kanunu md. 12); İrlanda (2006 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu md. 6 ve 10); Kenya (uluslararası suÇlara ilişkin 2008 tarihli Kanun md. 6); Litvanya (Ceza Kanunu md. 100); Makedonya (Ceza Kanunu md. 403); Mali (Ceza Kanunu md. 29); Malta (Ceza Kanunu md. 54-C); KaradaŐ (Ceza Kanunu md. 427); NorveÇ (Ceza Kanunu md. 102); Yeni Zelanda (uluslararası suÇlar ve Uluslararası Ceza Mahkemesine dair 2000 tarihli Kanun md. 10); Hollanda (uluslararası suÇlara ilişkin 2003 tarihli Kanun md. 4); Portekiz (31 sayılı 22 Temmuz 2004 tarihli Kanun md. 9); Birleşik Krallık (Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne dair 2001 tarihli Kanun md. 50); Őek Cumhuriyeti (Ceza Kanunu md. 401); Kore Cumhuriyeti (Uluslararası Ceza Mahkemesi yetkisinde olan suÇların yaptırımı tabi tutulmasına ilişkin 2007 tarihli Kanun md. 9); Romanya (Ceza Kanunu md. 175); Ruanda (33bis/2003 sayılı 6 Eylũl 2003 tarihli *soykırım, insanlıŐa karşı suÇlar ve savaş suÇlarının Önlenmesi* Kanunu md. 5); Samoa (Uluslararası Ceza Mahkemesine dair 2007 tarihli Kanun md. 6); Senegal (Ceza Kanunu md. 431-2); Sırbistan (Ceza Kanunu md. 371); Gũney Afrika (Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statũsũ'nũn uygulanmasına dair 2002 tarihli Kanun); İŐviŐre (Ceza Kanunu md. 264a ve Askeri Ceza Kanunu md. 109-e); ve DoŐu Timor (Ceza Kanunu md. 124).

⁴³⁰ 26.200 sayılı, 5 Ocak 2007 tarihli Kanun (md. 9).

Şili,⁴³² Kosta Rika,⁴³³ Panama,⁴³⁴ Trinidad ve Tobago⁴³⁵ ve Uruguay.⁴³⁶ Kolombiya gibi birtakım başka ũlkelerde ise bu husus içtihat yoluyla dahil edilmiştir.

6. Soykırım Suçu

a. Soykırım suçu

Soykırım, 1948 senesinde Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması SÖzleşmesi'nde Özel ve Özerk bir suç olarak tanımlanmıştır.⁴³⁷ Bu tanım sonrasındaki uluslararası belgelerce de benimsenmiştir.⁴³⁸

Ancak soykırımın uluslararası hukuk kapsamında suç olarak tanımlanması 1946 senesinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun bu husustaki ilanıyla olmuştur.⁴³⁹ Soykırımın uluslararası teamũl hukuku uyarınca suç olarak tanınması hem bunu "uluslararası

⁴³¹ *İnsanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarına dair Kanun*, 2000, (md. 4 ve ek kısmı).

⁴³² 20.357 sayılı 12 Haziran 2009 tarihli Kanun, *İnsanlığa karşı suçlar, soykırım ve savaş suçlarının tanımı*, (md. 21).

⁴³³ Ceza Kanunu (md. 379). 25 Nisan 2002 tarihli Kanun, *Savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarda yaptırım olarak Cezai Baskı*, Devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve Roma Statũsũ'nce dũzenlenmiŐ olan fiillere gönderme yaparak Ceza Kanununa reform yapan Madde 2.

⁴³⁴ Ceza Kanunu (md. 432).

⁴³⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne ilişkin Kanun, 2006 (md. 6).

⁴³⁶ 18.026 sayılı 25 Eylũl 2006 tarihli Kanun, Madde 16.

⁴³⁷ Madde II'nin ŐngŐrdũėu ũzere: "ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri, soykırım suçunu oluşturur: (a) Gruba mensup olanların Őldũrũlmesi; (b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi; (c) Grubun fiziksel varlığını bũtũnũyle veya kısmen ortadan kaldıracığı hesaplanarak yaşam Őartlarını kasten deėiŐtirmek; (d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; (e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek".

⁴³⁸ *İnsanlığın Barış ve Gũvenliėi aleyhine Suçlar hakkındaki SÖzleşme Taslağı* (1996); *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statũsũ* (md. 4); *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statũsũ* (md. 2); *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statũsũ* (md. 6); *Kamboçya Mahkemelerinde Demokratik Kampuçya DÖneminde İŞlenen Suçların Kovuşturulması için Olaėanũstũ Dairelerin Kurulmasına ilişkin Kanun* (md. 4); ve *Karar No. 2000/15, 6 Haziran 2000, Birleşmiş Milletler Doğu Timor Geçiş DÖnemi YÖnetimi Ciddi Suçlara ilişkin Mũnhasır Yargı Yetkisi Bulunan Heyetlerin Kurulması (BŐlũm 4)*.

⁴³⁹ Karar 96 (I), "Soykırım suçu" ("The crime of genocide"), 11 Aralık 1946.

hukuka göre suç" olarak nitelendiren Uluslararası Adalet Divanı⁴⁴⁰ tarafından, hem de ulusal ve uluslararası içtihat hukukunda teyit edilmiştir.⁴⁴¹ Soykırımın uluslararası hukuka aykırı bir suç olarak mahiyeti, "herhangi bir konvansiyonel yükümlölük bulunmasa dahi" tüm devletlerin bu suçu önlemek ve ortadan kaldırmakla yükümlü oldukları anlamına gelir.⁴⁴² Soykırımın hem barış dönemlerinde hem olağanüstü hallerde hem de silahlı çatışma sırasında işlenebilecek bir suç olduğunu ayrıca ifade etmek gerekir.⁴⁴³

Soykırım suçu iki unsurdan oluşmaktadır: i) manevi unsur (kasıt): bir grubu tamamen veya kısmen yok etme kastı ve ii) maddi unsur, yani bu niyet doğrultusunda yasaklı fiiller işlemeye girişmek.

"Soykırım bir insanlığa karşı suç çeşididir. Fakat soykırım diğer insanlığa karşı suçlardan farklıdır. Buradaki temel fark şudur: İnsanlığa karşı suçlar sivil halkın yaygın veya sistematik bir saldırı kapsamında hedef alınmasını gerektirirken, soykırım olması için koruma altındaki bir grubu (tamamen veya kısmen) imha etmeye ilişkin yukarıda bahsi geçen spesifik kasıt söz konusu olmalıdır."

⁴⁴⁰ Uluslararası Adalet Divanı Tavsiye Kararı (Advisory Opinion of the International Court of Justice), 28 Mayıs 1951, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ne Çekinceler (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)*.

⁴⁴¹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Uluslararası Adalet Divanı Tavsiye Kararı, 28 Mayıs 1951, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ne Çekinceler*; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 2 Ekim 1998 tarihli karar, *Savcılık/Jean Paul Akayesu*, Dosya No. ICTR-96-4-T, para. 495 ve 21 Mayıs 1999 tarihli karar, *Savcılık/Clément Kayishema ve Obed Ruzindana*, Dosya No. ICTR-95- 1-T, para. 88; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 2 Ağustos 2001 tarihli karar, *Savcılık/Radislav Krstic* ("Srebrenitsa" Davası), Dosya No. IT-98- 33, para. 541; İsrail Yargıtay Mahkemesi, 29 Mayıs 1962 tarihli karar, *İsrail Başsavcılığı/Eichmann Davası*, yeniden basım: *Uluslararası Hukuk Raporları (International Law Reports)*, Cilt No. 36; İspanya Ulusal Yüksek Mahkemesi, Ceza Dairesi, 4 Kasım 1998 tarihli İlam, Başvuru no. 84/98 - Üçüncü Daire - Hızlandırılmış 19/97 "Soykırım ve terör" ("Genocide and terrorism"), ve 5 Kasım 1998 tarihli İlam, Başvuru no. 173/98 - Birinci Daire - Hızlandırılmış 1/98.

⁴⁴² Uluslararası Adalet Divanı Tavsiye Kararı, 28 Mayıs 1951, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ne Çekinceler*.

⁴⁴³ *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Madde I ve Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Kabul Edilmemesine İlişkin Sözleşme Madde I.*

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü⁴⁴⁴

Manevi unsur veya özel kasıt, soykırım suçunu niteleyen ve diğer insanlığa karşı suçlardan ayırt eden ögedir.⁴⁴⁵ Bu bağlamda Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, "soykırım, bünyesinde özel bir kastı, yani *dolus specialis* barındırdığı için diğer suçlardan farklıdır. Soykırım suçunun özel kastı tam da 'ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacı' ile ifade edilmektedir."⁴⁴⁶

Soykırım suçunu düzenleyen uluslararası belgelerde siyasi gruplar bu suçun mağdurları, siyasi saiklerle işlenen fiiller de bu suçun biçimleri olarak dahil edilmemiş olsalar dahi Birleşmiş Milletler Genel Kurulu soykırımı ilişkin ilk Kararında bunları belirtmiştir⁴⁴⁷ Birçok ülke de siyasi saikleri bu suçun işlenme sebepleri arasında ve siyasi grupları da suçun mağdurları arasında sayan soykırım tanımları benimsemiştir.⁴⁴⁸ Benzer biçimde, ulusal mahkemeler

⁴⁴⁴ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Dava Dairesi II, 21 Mayıs 1999 tarihli karar, *Savcılık/Clément Kayishema ve Obed Ruzindana*, Dosya No, ICTR- 95-1-T, para. 89.

⁴⁴⁵ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Ripollés, Antonio, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, "Francisco de Vitoria" Enstitüsü, Madrid, 1955, Cilt I s. 627; *İnsanlığın Barış ve Güvenliği aleyhine Suçlar hakkındaki Sözleşme Taslağı üzerine Özel Raportör Mr. Doudou Thiam'ın Dördüncü Raporu (Fourth Report by Special Rapporteur on Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, Mr. Doudou Thiam)*, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu, BM Belgesi (UN Doc.) A/CN.4/398, 11 Mart 1986, s. 10 ve devamı ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 21 Mayıs 1999 tarihli karar, *Savcılık/Clément Kayishema ve Obed Ruzindana*, Dosya No, ICTR-95-1-T, para. 89.

⁴⁴⁶ 2 Ekim 1998 tarihli karar, *Savcılık/Jean Paul Akayesu*, Dosya No. ICTR-96-4-T, para. 498. Bu bağlamda, bakınız, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 14 Aralık 1999 tarihli karar, *Savcılık/Jelesic*, Dosya No. IT-95-01- T, para. 67 ve devamı.

⁴⁴⁷ Karar 96 (I) 11 Aralık 1946. Genel Kurul açıkça "siyasi gruplar [...] tamamen veya kısmen yok edildiğinde ... meydana gelen soykırım suçları" ve "siyasi [...] saiklerle [...] işlenmiş soykırımdan söz etmiştir.

⁴⁴⁸ Örneğin, bakınız: Angola (2002 tarihli Ceza Kanunu Md. 164); Bangladeş (Uluslararası Suçlar Yasası 1973 - 1973 tarihli Kanun No. XIX); Kolombiya ("Soykırım, zorla kaybetme ve işkencenin tanımlandığı ve diğer hükümleri içeren" 24 Temmuz 2000 tarihli kanun); Fildişi Sahili (1981 tarihli Ceza Kanunu Md. 137); Kosta Rika (Ceza Kanunu, md. 375); Etiyopya (1957 tarihli Ceza Kanunu Md. 281 ve 2004 tarihli Ceza Kanunu Md. 257); Nikaragua (Ceza Kanunu Md. 484); Polonya (1997 tarihli Ceza Kanunu Md. 118); ve Uruguay (18.026 sayılı, 2006 tarihli Kanun Md. 16).

siyasi soykırım hakkında dava açmış veya siyasi gruplara karşı ya da siyasi saiklerle işlendiğinde de bu suçun varlığını tanımıştır.⁴⁴⁹

b. Soykırım ve hukuk dışı infazlar

Yasaklı fiiller hakkındaki maddi unsura ilişkin olarak ise; hukuk dışı infaz da ismen olmasa bile "bir gruba mensup olanların öldürülmesi" ibaresiyle soykırım teşkil eden fiiller arasında yerini almıştır. Bu bağlamda, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, "hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infazların bazı koşullar altında [...] uluslararası hukukta tanımlandığı üzere [...] soykırım teşkil edebileceğini"⁴⁵⁰ ifade etmiştir.

Buradaki "öldürme" kavramı genellikle bir katliama işaret eder: yani toplu cinayet veya çoklu hukuk dışı infaz durumuna. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun⁴⁵¹ çalışmaları, uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatları⁴⁵² ve doktrin⁴⁵³ kast edilenin mağdur

⁴⁴⁹ Örneğin, bakınız: Arjantin (Plata Federal Ceza Mahkemesi'nde Sözlü Duruşma, 19 Eylül 2006 tarihli karar, "*Circuito Kampları*" ve *diğerleri Davası (Miguel Osvaldo Etchecolatz* - Duruşma no. 2251/06) Kolombiya (Anayasa Mahkemesi, C- 177/01 sayılı 14 Şubat 2001 tarihli karar, ve C-148/05 sayılı 22 Şubat 2005 tarihli karar); İspanya (Ulusal Yüksek Mahkeme, Ceza Dairesi, 4 Kasım 1998 tarihli İlam, Başvuru No. 84/98 - Üçüncü Daire - Hızlandırılmış No. 19/97 - Merkez Soruşturma Mahkemesi No. 5); ve Meksika (Yüksek Adalet Divanı, 10 Haziran 2003 tarihli karar, *Ricardo Miguel Cavallo* tarafından açılmış *Anayasal Çözüm için Temyiz Davası - Anayasal Çözüm için Temyiz 140/2002*).

⁴⁵⁰ 63/182 sayılı Karar, "Hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infazlar" ("Extrajudicial, summary or arbitrary executions"), 18 Aralık 2008. Ayrıca bkz., 65/208 sayılı 21 Aralık 2010 tarihli Karar.

⁴⁵¹ 48. oturumunun faaliyetlerine dair *Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu*, 6 Mayıs-26 Temmuz 1996, A/51/10, s. 45.

⁴⁵² Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 21 Mayıs 1999 tarihli karar, *Savcılık/Clément Kayishema* ve *Obed Ruzindana*, Dosya No, ICTR-95-1-T, ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 14 Aralık 1999 tarihli karar, *Savcılık v Jlesic*, Dosya No, IT-95-01-T.

⁴⁵³ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, Raphael Lemkin, "Le crime de genocide", *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*, No. 24, Ekim-Aralık, 1946, ve *Senato Dış İlişkiler Komitesi Gizli Oturumları, Tarih Serisi*'nde Amerika Birleşik Devletleri Senatosu'na İleti (Communication to the Senate of the United States of America, in *Executive Sessions of the Senate Foreign Relations Committee, Historical Series*), 1976, s. 370; ve William A, Shabas, *Uluslararası Hukukta Soykırım (Genocide in International Law)*, Ed. Cambridge University Press, United Kingdom, 2000.

olan grubu "tamamen" veya "kısmen" yok etmek olduğu değerlendirmesini yapmaktadır. Bu hususta, eski Yugoslavya'da işlenmiş suçlara dair Uzmanlar Komitesi, grup liderlerini ortadan kaldırmının, öldürülen kişi sayısından bağımsız olarak, başlı başına soykırıma ilişkin güçlü bir gösterge olabileceğine dikkat çekmiştir.⁴⁵⁴ Böylece Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi soykırım kastının iki biçimde ifade edilebileceğini belirtmiştir: i) grup mensuplarının büyük bölümünü yok etme kastı – bu, grubu kitlesel olarak imha etme iradesidir ve ii) "ayrıca, kaybedilmelerinin grubun varlığını sürdürmesine yapacağı etki bakımından özellikle seçilen daha sınırlı sayıda insanın imhasının hedeflenmesi."⁴⁵⁵

Bu bağlamda *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü*'nde "Suçların Unsurları" başlığı altında belirlendiği üzere, cezai sorumluluk faile "bir veya daha fazla kişiyi öldürdüğünde" yüklenmiŐ olur.⁴⁵⁶ Cherif Bassiouni Şu ifadeyi kullanmıştır: "Soykırımın genellikle çok sayıda insana yönelik saldırı olarak değerlendiriliyor olmasına rağmen yalnızca tek bir kişinin öldürülmesi bile gerekli kasıtlı gerçekteŐirildiđinde soykırım suçu teşkil edebilir [...] Diğer bir deyişle suçun maddi unsuru (*actus reus*) tek bir mağdurla sınırlı olabilir, ancak manevi unsur (*mens rea*) tüm grubun varlığını hedef almalıdır."⁴⁵⁷

"Özel Raportör, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin II. Maddesindeki kriterlere açıkça uyan ağır yaşam ihlallerinin söz konusu olduğu durumlardan bahsedildiğinde bile uluslararası toplumda 'soykırım' tabirini kullanmaya karşı ciddi bir direnç gözlemlenmeye devam etmiştir."

⁴⁵⁴ 780 (1992) 1994/674 sayılı Güvenlik Konseyi Kararı uyarınca kurulan Uzmanlar Komisyonu Son Raporu (*Final Report of the Commission of Experts established pursuant to the Security Council Resolution 780 (1992) 1994/674*), 27 Mayıs 1994, Para. 94.

⁴⁵⁵ 14 Aralık 1999 tarihli karar, *Savcılık/Jelesic*, Dosya No, IT-95-01-T, Para. 82 (Fransızca orjinalinden mealen çevrilmiştir).

⁴⁵⁶ "Suçların Unsurları" (*Elements of Crimes*"), "Madde 6(a) öldürme suretiyle soykırım" ("Article 6(a) Genocide by killing"), (*Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü Taraf Devletler Kurulu Birinci Olağan Oturumu, New York, 3-10 Eylül 2002, Resmi Belgeler*, Belge ICC-ASP/1/3, s.113).

⁴⁵⁷ Cherif Bassiouni, *Derecho Penal Internacional – Proyecto de Penal Code Internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, s. 128.

Hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar Özel Raportörü⁴⁵⁸

c. Soykırım ve zorla kaybetme

Uluslararası belgeler tarafından yapılan soykırım tanımı, zorla kaybetmeyi bu uluslararası suçu teşkil eden fiiller arasında açıkça telaffuz etmez. Ancak zorla kaybetme "grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi" ibaresinin içinde dolaylı biçimde kapsanmış sayılabilir. Bu hususta, Roma Statüsü'ndeki "Suçların Unsurları" başlığı altında "bu tür davranışlar, bunlarla sınırlı olmamak üzere, işkence, tecavüz, cinsel şiddet veya gayri insani ya da küçültücü muameleyi içerebilir"⁴⁵⁹ ifadesinin bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu bağlamda zorla kaybetmenin kaybedilmiş kişi için işkence ve insanlık dışı bir eylem olarak nitelendirilmiş olduğunu hatırlatmak önemlidir. Ayrıca Uruguay⁴⁶⁰ gibi birtakım ülkelerin mevzuatlarında zorla kaybetmeyi soykırım teşkil eden yasaklı fiiller arasına açıkça dahil etmiş olduğunu; Arjantin gibi başka ülkelerin ise bunu içtihat yoluyla yaptığını da kayda geçirmek gerekir.⁴⁶¹

7. Savaş Suçları

a. Savaş suçu tanımı

Savaş suçları, uluslararası ve iç silahlı çatıŐmalarda⁴⁶² çatışmanın taraflarınca işlenen, uluslararası insancıl hukuk ile "savaş hukuku

⁴⁵⁸ 1996/74 sayılı İnsan Hakları Komisyonu Kararı uyarınca Özel Raportör Mr. Bacre Waly Ndiaye tarafından sunulan Rapor (Report by the Special Rapporteur Especial, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Resolution 1996/74 of the Commission on Human Rights), UN Doc. E/CN.4/1997/60, 24 Aralık 1996, para. 42.

⁴⁵⁹ "Suçların Unsurları", "Madde 6(b) ciddi bedensel veya zihinsel zarar verme suretiyle soykırım" ("Article 6(b) Genocide by causing serious bodily or mental harm"), (Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü Taraf Devletler Kurulu Birinci Olağan Oturumu, New York, 3-10 Eylül 2002, Resmi Belgeler, Belge ICC-ASP/1/3, s. 117).

⁴⁶⁰ 18.026 sayılı 25 Eylül 2006 tarihli Kanun Madde 16.

⁴⁶¹ Plata Federal Ceza Mahkemesi'nde Sözlü Duruşma, 19 Eylül 2006 tarihli karar, "Circuito Kampları" ve diğerleri Davası (Miguel Osvaldo Etchecolatz - Duruşma no. 2251/06).

⁴⁶² Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 12 Ağustos 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi'nin Ortak 3. Maddesi; 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine, Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına ilişkin Ek Protokol (Protokol I);

ve adetleri”nin ciddi ihlalleridir. Başta i silahlı çatışmalarda işlenen uluslararası insancıl hukuk ihlalleri “ağır ihlal” sayılmamaktaydı; ancak sonrasında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi hem Uluslararası Hukuk hem de ulusal uygulamaların gelişimini analiz ederek Öyle bir sonuca ulaŐtı: “İ silahlı çatışma mağdurlarının korunmasına dair diğer genel ilkeler ve kuralların da eklenmesiyle uluslararası teamöl hukuku, Ortak 3. Maddenin ciddi ihlalleri ve iç savaŐta kullanılacak araç ve yöntemlere ilişkin birtakım temel prensiplerin ihlali durumlarında cezai sorumluluk getirir. [...] İ silahlı çatışmaları dzenleyen uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinin bireysel cezai sorumluluk getirmesi aynı zamanda maddi ve somut anlamda adalet ve eşitlik temelli bir bakış açısından da gereklidir.”⁴⁶³ İ silahlı çatışmalarda işlenen uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin savaş suçu olduğu *Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran Roma Statüsü* tarafından, savaş suçlarının Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. Maddesi ve “savaŐın hukuku ve adetleri”nin ciddi ihlali olarak tanımlanmasıyla yinelenmiştir.⁴⁶⁴ Benzer biçimde Uluslararası Kızılhaç Komitesi “ciddi insancıl hukuk ihlallerinin savaş suçu teşkil ediyor” olmasının hem uluslararası hem de i silahlı çatıŐmalara uygulanabilir bir örfi uluslararası insancıl hukuk kuralı olduğu sonucuna varmıştır.⁴⁶⁵

“İ silahlı çatışma mağdurlarının korunmasına dair diğer genel ilkeler ve kuralların da eklenmesiyle uluslararası teamöl hukuku, Ortak 3. Maddenin ciddi ihlalleri ve iç savaŐta kullanılacak araç ve yöntemlere ilişkin birtakım temel prensiplerin ihlali durumlarında cezai sorumluluk getirir.”

Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran Roma Statüsü Madde 8; *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* Madde 2 ve 3; *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* Madde 4; ve *Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü* Madde 3 ve 4.

⁴⁶³ Savunmanın Yetki hakkında Ara Temyiz talebi üzerine Temyiz Dairesinin Kararı, 2 Ekim 1995, *Savcılık/Tadi* (Case of “Prijeğor”), Dosya No, IT-94- 1, para. 134 ve 135. Bu bağlamda, bakınız: Temyiz Dairesi, 20 Şubat 2001 tarihli karar, *Savcılık/Mucic ve diğerleri* (“*Campo de Celebici*” Davası), Dosya No, IT-96-21.

⁴⁶⁴ *Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran Roma Statüsü* Madde 8, para. 2, (c), (d), (e) ve (f).

⁴⁶⁵ Kural No. 156, Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, *Örfi Uluslararası İnsancıl Hukuk Cilt No. 1 Kurallar (Customary International Humanitarian Law – Volume I: Rules)*, Ed. ICRC, s. 568

b. Savaş suçu olarak hukuk dışı infaz

Savaş suçlarının epey kapsamlı bir kataloğu vardır.⁴⁶⁷ Diğerlerinin yanı sıra koruma altındaki kişilerin kasten öldürülmesi, "teslim olmuş ya da başka bir biçimde savaş dışı kalmış olan karşı taraftan bir savaşçıyı yaralamak veya öldürmek, güveni kötüye kullanma ve ihanet yoluyla karşı taraftan bir savaşçıyı yaralamak veya öldürmek, kasıtlı olarak sivillere yönelik saldırıların sebep olduğu ölümler savaş suçu teşkil ederler. Uluslararası Kızılhaç Komitesi öldürme yasağının uluslararası ve iç silahlı çatışmalarda da geçerli bir uluslararası teamül kuralı olduğunu vurgulamıştır.⁴⁶⁸

Elbette tüm ölümler savaş suçu değildir. Çatışırken gerçekleşen ölümler ve uluslararası insancıl hukuk bağlamında yasal kabul edilen "meşru hedefler"e yönelinmesi savaş suçu oluşturmaz.⁴⁶⁹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun belirtmiş olduğu üzere, "uluslararası insancıl hukuk silahlarını bırakmamış veya savaş dışı kalmamış düşman savaşçıların hedef alınmasını veya öldürülmesini yasaklamaz; dolayısıyla da bir savaşçının bu koşullarda ölümü yaşam hakkının bir ihlali anlamına gelmez. Fakat uluslararası insancıl hukuk, savaşçıların yaşam hakkını, ya da yasalara uygun biçimde hayatlarının sona erdirilmesini de, silahlı çatışmanın taraflarının savaşmak için kullanabilecekleri araç ve yöntemleri kısıtlamak suretiyle bir ölçüde güvence altına almaktadır."⁴⁷⁰ Sivillerin, savaş dışı kalmış savaşçıların, savaş

⁴⁶⁶ Savunmanın Yetki hakkında Ara Temyiz talebi üzerine Temyiz Dairesinin Kararı, 2 Ekim 1995, *Savcılık/Dusko Tadic*, Dosya No, IT-94-1-T, para. 134.

⁴⁶⁷ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü* Madde 8 ve Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, *Örfi Uluslararası İnsancıl Hukuk Cilt No. 1 Kurallar (Customary International Humanitarian Law - Volume I: Rules)*, Ed. ICRC, s. 568 ve devamı.

⁴⁶⁸ Kural No. 87, Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, *Örfi Uluslararası İnsancıl Hukuk Cilt No. 1 Kurallar (Customary International Humanitarian Law - Volume I: Rules)*, Doc. Cit., s. 311.

⁴⁶⁹ Buna rağmen, eğer bu ölümler uluslararası insancıl hukuk kapsamında yasaklı olan silah veya yöntemlerin kullanımının sonucu gerçekleşmişse yine de savaş suçu teşkil ettiklerini ifade etmek gerekir.

⁴⁷⁰ *Terörizm ve İnsan Hakları Raporu (Report on Terrorism and Human Rights)*, OAS/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 Rev. 1 corr., 22 Ekim 2002, Para. 100.

tutsaklarının isteyerek öldürölmesi ve uluslararası insancıl hukuk tarafından korunan ve çatışmaya ya da dölşman ağıısından zararlı faaliyetlere iştirak etmeyen⁴⁷¹ bazı kategorilerdeki insanların kasten öldürölmesi fiillerinin hepsi savaş suçu teşkil eder.⁴⁷²

Dolayısıyla sivillerin, savaş dışı kalmış savaşçıların veya uluslararası insancıl hukuk kapsamında korunan kişilerin çatışmanın taraflarınca hukuk dışı infaz edilmesi savaş suçudur. Bu bağılamda, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu "hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infazların bazı koşullar altında [...] Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü de dahil uluslararası hukuk uyarınca [...] savaş suçu teşkil edebileceğine"⁴⁷³ defalarca işaret etmiştir.

c. Savaş suçu olarak zorla kaybetme

Savaş suçlarını tanımlayan uluslararası belgelerin hiçbirinde zorla kaybetmeden ağııkça bahsedilmemektedir. Hatta ne Cenevre Sözleşmeleri ve iki ek Protokolü ne de uluslararası ceza mahkemelerinin çeşitli statüleri zorla kaybetmeyi ağııkça savaş suçlarının arasına dahil etmiştir. Ancak, uluslararası belgelerde net olarak ifade edildiği üzere, zorla kaybetmenin savaş veya silahlı çatışma dönemlerinde dahi yasak olduğunu hatırlatmak gerekir.⁴⁷⁴ Uluslararası Kızılhaç Komitesi, zorla kaybetme uygulamasına ilişkin mutlak yasağın hem uluslararası hem de i silahlı çatışmalar ağıısından geçerli bir uluslararası teamöl normu olduğunu belirtmiştir.⁴⁷⁵

⁴⁷¹ Örneğin, sağlık, din, tıp ve insani yardım personeli, Birleşmiş Milletlerin ya da diğer hükümetlerarası sistemlerin barış sağlama misyonlarının personelleri ve gazeteciler.

⁴⁷² Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, *Örfi Uluslararası İnsancıl Hukuk Cilt No. 1 Kurallar*, Kural 89, Doc. Cit., s. 11 ve devamı. ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *Terörizm ve İnsan Hakları Raporu*, OAS/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 Revs. 1 corr., 22 Ekim 2002.

⁴⁷³ 63/182 sayılı Karar, "Hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infaz", 18 Aralık 2008. Benzer olarak bkz. 65/208 sayılı 21 Aralık 2010 tarihli Karar.

⁴⁷⁴ *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme* (md. 1,2), *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme* (md. I ve X) and *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* (md. 7).

⁴⁷⁵ Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, *Örfi Uluslararası İnsancıl Hukuk...*, Doc. Cit., Kural 98, Özet (Summary) s. 340.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, uluslararası insancıl hukuk sözleşmelerinde "zorla kaybetme" tabiri açıkça geçmiyor olsa dahi bu uygulamanın, işkence ve başka zalimane ve gayri insani muamele biçimlerine dair yasaklar gibi ihlali savaş suçu oluşturan birçok uluslararası insancıl hukuk yasağını çiğnediğini ifade etmiştir.⁴⁷⁶ Dolayısıyla Uluslararası Kızılhaç Komitesi, uluslararası insancıl hukuk sözleşmelerinde hukuksuz olduğu açıkça belirtilmemiş olan bazı davranışların "yine de suç teşkil ettiği, çünkü birtakım savaş suçlarının birleşiminden meydana geldikleri" sonucuna vararak şöyle devam etmiştir: "Özellikle zorla kaybetme kompozit savaş suçu denilen bu suçlara örnektir [...]. Zorla kaybetme, uygulamada, bir kişiyi adil yargılama hakkından mahrum bırakmayı ve aynı zamanda sıklıkla cinayeti içermektedir."⁴⁷⁷ Zorla kaybetmenin başlı başına bir işkence veya insanlık dışı muamele biçimi olduğunu, bunların da kendi başlarına zaten savaş suçu teşkil ettiklerini de eklemek mümkündür.

Bölgenin yüksek mahkemeleri de benzer kararlara hükmetmişlerdir. Örneğin Peru Anayasa Mahkemesi, zorla kaybetme yasağının Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 3. Maddesinden ve Protokol II'nin 4(2). Maddesinden çıkarsanabileceğini ve dolayısıyla bu uygulamanın "ağır bir uluslararası insancıl hukuk ihlali [...] anlamına geldiğini"⁴⁷⁸ belirtmiştir. Benzer biçimde Şili mahkemeleri de bu hususta kapsamlı bir içtihat geliştirmiştir. Ayrı bir zorla kaybetme suçu tanımının olmayışından ötürü askeri rejim sırasında gerçekleşmiş zorla kaybetme vakalarını insan kaçırma suçu kapsamında kovuşturan ve yargılayan mahkemeler, bu yasa dışı davranışların Şili'nin bir "savaş hali"nde olduğu dönemde, askeri rejim tarafından yürürlüğe konmuş olan yasal düzenlemeler uyarınca işlenmiş oldukları sonucuna varmıştır.⁴⁷⁹ Şili'nin Cenevre Sözleşmeleri'ne

⁴⁷⁶ A.g.e., s. 340 ve devamı.

⁴⁷⁷ A.g.e., Kural 156, Kompozit Savaş Suçları (Composite War Crimes), s 603.

⁴⁷⁸ Peru Anayasa Mahkemesi, Birinci Dairesi, 9 Aralık 2004 tarihli karar, Exp. No. 2798-04-HC/TC, *Gabriel Orlando Vera Navarrete Davası*.

⁴⁷⁹ *Askeri Cunta* tarafından ilan edilen Olağanüstü Hal sırasında (Kanun Hükmünde Kararname No. 3, 11 Eylül 1973), askeri rejim, Askeri Adalet Yasası'nın (Military Justice Code) 418. Maddesinin uygulanması bağlamında bir "savaş hali" ilan etti (Kanun Hükmünde Kararname No. 5, 12 Eylül 1973).

taraf olması ve Şili Anayasası'nın 5. Maddesinde sözleşmelerin iç hukukta üstün tutulmasının tanınması dolayısıyla bu mahkemeler, zorla kaybetme eylemlerinin, Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. Maddesini ciddi surette ihlal ettiklerine, yani diğer bir deyişle savaş suçu olduklarına hükmetmiştir.⁴⁸⁰

⁴⁸⁰ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Yüksek Adalet Divanı (Supreme Court of Justice), 9 Eylül 1998 tarihli karar, Rol No, 469-98, *Pedro Enrique Poblete Córdova Davası*; 17 Kasım 2004 tarihli karar, Rol No.517-2004, *Miguel Ángel Sandoval Rodríguez Davası*; 25 Mayıs 2009 tarihli karar, Rol No. 696-08, ve 22 Haziran 2011 tarihli karar, Rol No. 5436-10, *Jaime Robotham ve Claudio Thuay Davası*.

IV. BÖLÜM: SORUŞTURMA

“Soruşturma ve nihayetinde dava açma ve yaptırım uygulama yükümlülüğü, işlenen suçların ciddiyeti ve ihlal edilen hakların mahiyeti göz önüne alındığında özellikle önemli ve zorunlu hale gelmektedir. Kişilerin zorla kaybedilmesi yasağının ve buna bağılı olarak sorumluları soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğünün *jus cogens* kabul edilmesiyle bu daha da geçerli olmuştur. [...] Böylesi vakalar sebebiyle yürütölen soruşturma ve kovuşturma süreçleri [...] imkan dahilindeki tüm yasal yolların kullanımını gerektirir ve amaçları gerçeğı tüm boyutlarıyla açıklığa kavuşturmak ile söz konusu olayların bütün fail ve azmettiricilerini kovuşturmak, nihayetinde yakalamak, yargılamak ve cezalandırmak olmalıdır.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁴⁸¹

1. Genel Hususlar

Uluslararası hukuk uyarınca devletler zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz olaylarını soruşturmakla yükümlüdür.⁴⁸² Amerika İnsan

⁴⁸¹ Bakınız: 9 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru Davası*, Seri C, No. 162, para. 157.

⁴⁸² Bakınız: *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (md. 12); *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme* (md. I ve IV); *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* (md. 13); *Yasa Dışı, Keyfi ve Hukuk dışı İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler*; *Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü* (Prensip 34); *Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları* (Kural 57); *Savcılarının Rolüne İlişkin Yönerge*; *Kolluk Kuvvetleri Davranış Kuralları* (Md. 8); *Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler*; *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Küçültücü Muamele ve Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenmesine Kılavuzluk Eden İlkeler* (İlke 1); *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar* (Md. 3.b); *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler* (İlke 19); *Evrensel Olarak Tanınan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması ve Geliştirilmesinde Toplumsal Kuruluşların (Organların), Grupların ve Bireylerin Hakları ve Sorumlulukları Üzerine*

Hakları Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de bu hususa dair açık hüküm bulunmamasına rağmen, Amerikalılar Arası organların ve İnsan Hakları Komitesi’nin içtihatlarında soruşturma yükümlülüğünün devletlerin genel yükümlülüklerinden (devletin temel hakları güvence altına alma görevi) ve hukukun genel ilkelerinden kaynaklandığı defalarca ifade edilmiştir.⁴⁸³

Dolayısıyla Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, “bu hakların ihlalini içeren vakaların soruşturulması yükümlülüğünün, kişinin yaşam, kişisel bütünlük ve kişisel özgürlük haklarının güvence altına alınmasına dair genel yükümlülükten kaynaklanmakta [...]”⁴⁸⁴ olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, “insan hakkı ihlallerini soruşturma yükümlülüğünün, devletin Sözleşme’de tanınan hakları temin etmek için benimsemesi gereken pozitif tedbirlerden biri”⁴⁸⁵ olduğunu da ifade etmiştir. Aynı bağlamda hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar Özel Raportörü (İnfazlar Özel Raportörü) bu yükümlülüğün “insan haklarının etkili

Bildirge (Md. 9,5); *Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge* (Md. 4); ve *Amerika Kitasında Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunmasına dair İlkeler ve İyi Uygulamalar* (İlke XXIII, 3).

⁴⁸³ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 3 Kasım 1997 tarihli karar, *Castillo Páez/Peru Davası*, Seri C No. 34; 21 Temmuz 1989 tarihli karar, *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Seri C No. 7; 21 Temmuz 1989 tarihli karar, *Godínez Cruz/Honduras Davası*, Seri C No. 8; 8 Aralık 1995 tarihli karar, *Caballero Delgado ve Santana/Kolombiya Davası*, Seri C No. 22; 14 Eylül 1996 tarihli karar, *El Amparo/Venezuela Davası*, Seri C No. 28; 12 Kasım 1997 tarihli karar, *Suárez Rosero/Ekvador Davası*, Seri C No. 35; ve 24 Ocak 1998 tarihli karar, *Nicholas Bloque/Guatemala Davası*, Seri C, No. 36.

⁴⁸⁴ 16 Kasım 2009 tarihli karar, *González ve Diğerleri (“Pamuk Tarlası”)/Meksika Davası*, Seri C No. 2005, para. 287. Ayrıca diğerlerinin yanı sıra, bkz.: 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 62; 12 Ağustos 2008 tarihli karar, *Heliodoro Portugal/Panama Davası*, Seri C No. 186, para. 115; 24 Kasım 2010 tarihli karar, *Gomes Lund ve Diğerleri (“guerrilha do Araguaia”)/Brezilya Davası*, Seri C No. 219, para. 140; 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve diğerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154, para. 110; 26 Mayıs 2010 tarihli karar, *Manuel Cepeda Vargas/Kolombiya Davası*, Seri C No. 213, para. 116; 27 Şubat 2012 tarihli karar, *Narciso González Medina ve Ailesi/Dominik Cumhuriyeti*, Seri C No. 240, para. 127.

⁴⁸⁵ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 177.

bir biçimde korunmasının temel yapıtaşlarından biri"⁴⁸⁶ olduğunu belirtmiştir.

İnsan Hakları Komitesi ise, soruşturma yükümlülüğünün, *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*'nin 2 (1) Maddesinde ifade edilen insan haklarına saygı duyma ve bunları güvence altına almaya dair genel yükümlülükten kaynaklandığını belirtmiştir. Komite Sözleşme'nin Taraf Devletlere "genel anlamda ihlal iddialarını, bağımsız ve tarafsız organlar aracılığıyla ivedilikle, titizlikle ve etkili bir biçimde soruşturma yükümlülüğü"⁴⁸⁷ getirdiğini de ifade etmiştir.

Soruşturma yükümlülüğüne kısmen veya tamamen uyulmaması devletin uluslararası sorumluluğunu da ilgilendirmektedir. İnsan Hakları Komitesi'nin belirttiği üzere: "Bir Taraf Devletin ihlal iddialarını soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmemesi, başlı başına ayrı bir Sözleşme ihlaline mahal verebilir."⁴⁸⁸ Bu hususta *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler*'de (*Cezasızlığa karşı İlkeler*) "cezasızlığın, devletlerin ihlalleri soruşturma yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiği"⁴⁸⁹ öngörülmüştür.

2. Soruşturma Yükümlülüğünün Mahiyeti

Zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz olaylarının soruşturulması hem sözleşmeler hem de uluslararası teamül hukuku uyarınca uluslararası bir yükümlülüktür. Genel Kurul,⁴⁹⁰ önceki BM İnsan

⁴⁸⁶ BM Belgesi (UN Doc.) E/CN.4/1993/46, para. 686.

⁴⁸⁷ *Genel Yorum No. 31: Sözleşme'ye Taraf Devletlere getirilen Genel Yasal Yükümlülüğün Mahiyeti (General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant)*, para. 15.

⁴⁸⁸ *Genel Yorum No. 31: Sözleşme'ye Taraf Devletlere getirilen Genel Yasal Yükümlülüğün Mahiyeti (General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant)*, Para. 16.

⁴⁸⁹ İlke 1.

⁴⁹⁰ Diğerlerinin yanı sıra, bkz., 63/182 sayılı Karar, "Hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar" ("Extrajudicial, summary and arbitrary executions"), 18 Aralık 2008; 61/175 sayılı Karar, "Belarus/Beyaz Rusya'da İnsan Haklarının Durumu" ("Situation of Human Rights in Belarus"), 19 Aralık 2006; 55/103 sayılı Karar, "Zorla ya da irada dışı kaybetmeler hususu" ("Question of enforced or involuntary disappearances"), 4 Aralık 2000; 55/111 sayılı Karar, "Hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar" ("Extrajudicial, summary and arbitrary executions"), 4 Aralık 2000; ve 55/111 sayılı Karar, "Zorla ya

Hakları Komisyonu⁴⁹¹ ve İnsan Hakları Konseyi'nin⁴⁹² her biri, devletlerin uluslararası hukuk gereğince tüm zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz vakalarını ivedilikle, tarafsız ve bağımsız bir biçimde soruşturma yükümlülüğünü birçok defa vurgulamıştır.

İnfazlar Özel Raportörü ve Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu⁴⁹³ ve diğer BM özel prosedürleri⁴⁹⁴ de bu yükümlülüğü tekrarlamıştır.

"Olayları soruşturma ve insan hakkı ihlali teşkil eden suçlardan sorumlu olanları cezalandırma yükümlülüğü, her bir vakada taraflar bu hususta mutabık olmasalar dahi, Amerika Sözleşmesi'nden doğan bir yükümlülüktür. Taraf Devletleri olayları soruşturma, sorumluları

da irada dışı kaybetmeler hususu" ("Question of enforced or involuntary disappearances").

⁴⁹¹ Diğerlerinin yanı sıra, bkz., 2003/53 sayılı Karar, "Hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar", 24 Nisan 2003; 2003/72 sayılı Karar, "Cezasızlık" ("Impunity"), 25 Nisan 2003; 2002/45 sayılı Karar, "Hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar hususu" ("Question of extrajudicial, summary and arbitrary executions"), 23 Nisan 2002; ve 1993/35, 1994/39 ve 1995/38 sayılı Kararlar, "Zorla kaybedilmeler hususu" ("Question of enforced disappearances").

⁴⁹² Örneğin, bakınız, 21/4 sayılı Karar "Zorla ya da irade dışı kaybetmeler" ("Forced or involuntary disappearances"), 27 Eylül 2012.

⁴⁹³ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances)*, E/CN.4/2003/70, 21 Ocak 2003, para. 27; *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu'nda "Bildirge'nin 18. Maddesine İlişkin Genel Yorum"* ("General Comment on Article 18 of the Declaration"), E/CN.4/2006/56, 27 Şubat 2005; ve *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu'nda "Zorla Kaybetmeler Bağlamında Hakikat Hakkına İlişkin Genel Yorum"* ("General Comment on the Right to the Truth in Relation to Enforced Disappearances"), A/HRC/16/48, 26 Ocak 2011.

⁴⁹⁴ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Hakim ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportör'ün Raporu, Peru Misyonu (Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Mission to Peru)*, E/CN.4/1998/39/Add.1, 19 Şubat 1998, para. 131; *Hakim ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportör'ün Raporu, Guatemala Misyonu*, E/CN.4/2002/72/Add.2, 21 Aralık 2001, tavsiye a); *Hakim ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportör'ün Raporu, Meksika Misyonu*, E/CN.4/2002/72/Add.1, 24 Ocak 2002, tavsiyeler b), j), k), p); ve *Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörü'nün ailenin kadına yönelik şiddet içeren kültürel pratiklerine ilişkin Raporu (Report of the Special Rapporteur on violence against women related to cultural practices of the family that are violent towards women)*, E/CN.4/2002/83, 31 Ocak 2002, para. 124.

yargılama ve nihayetinde, gerektiğinde, suçlu bulunanlara hüküm giydirmeye ve yaptırım uygulamaya mecbur eden tarafların arzusu ve iradesi değil Amerika Sözleşmesi'nin hükümleridir."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁴⁹⁵

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, diğer ciddi insan hakkı ihlalleriyle beraber, zorla kaybetme ve hukuk dışı infaza ilişkin olarak da soruşturma yükümlülüğünün *jus cogens* statüsüne eriştiğini defalarca belirtmiştir.⁴⁹⁶ Bu bağlamda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu da zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz gibi ciddi insan hakkı ihlalleri ve uluslararası hukukta suç sayılan fiilleri soruşturma yükümlülüğünün "Devletin hiçbir koşulda muaf tutulamayacağı uluslararası bir yükümlülük"⁴⁹⁷ olduğunu ve buna uymanın "öncelikli olan cezasızlıkla mücadele ihtiyacı"⁴⁹⁸ bir parçasını oluşturduğunu yinelemiştir.

Zorla kaybetme ve hukuk dışı infazları soruşturma yükümlülüğünün bir *jus cogens* kuralı teşkil ettiği göz önünde tutularak, söz konusu eylemler işleme biçimleri dolayısıyla insanlığa karşı suç olarak nitelendirildiklerinde *bu yükümlülük evleviyetle (a fortiori) daha ağırdır*. Bu bağlamda, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, tüm devletlerin uluslararası hukuk gereğince var olan "savaş suçları, soykırım, insanlığa karşı suçlar veya uluslararası insancıl hukukun başka ciddi ihlallerinden sorumlu olan kişileri titizlikle soruşturup

⁴⁹⁵ 3 Mart 2005 tarihli karar, *Huilca Tecse/Peru Davası*, Seri C No. 121, para. 105.

⁴⁹⁶ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 59; 23 Kasım 2009 tarihli karar, *Radilla Pacheco/Meksika Davası*, Seri C No. 209, para. 139; 24 Kasım 2010 tarihli karar, *Gomes Lund ve diğerleri ("guerrilha do Araguaia")/Brezilya Davası*, Seri C No. 219, para. 137; 25 Mayıs 2010 tarihli karar, *Chitay Nech ve diğerleri/Guatemala Davası*, para. 193; 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve diğerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154, para. 99; 1 Eylül 2010 tarihli karar, *Ibsen Cárdenas ve Ibsen Peña/Bolivya Davası*, Seri C No. 217, para. 197; 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú ve diğerleri/Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 84; 24 Kasım 2009 tarihli karar, *Dos Erres Katliamı/Guatemala Davası*, Seri C No. 148, para. 140; ve 24 Şubat 2011 tarihli karar, *Gelman/Uruguay Davası*, Seri C No. 221, para. 75.

⁴⁹⁷ *Peru'da İnsan Haklarının Durumuna Dair İkinci Rapor (Second Report on the Situation of Human Rights in Peru)*, OAS/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 Haziran 2000, para. 230.

⁴⁹⁸ Rapor No. 136/99, Dosya No. 10.488 *Ignacio Ellacuría S.J. ve diğerleri (El Salvador)*, 22 Aralık 1999, para. 230.

kovuşturma”⁴⁹⁹ ykmllğn hatırlatmıştır. Aynı hususta Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, “bu soruşturma ykmllğ [...] insanlığı karşı suçların söz konusu olduğu vakalarda özellikle önemli ve ağır hale gelir”⁵⁰⁰ demiştir.

“Taraf Devletin insan hakkı ihlali iddialarını – zellikle de kişilerin zorla kaybedilmesi ve yaşam hakkı ihlalleri söz konusu olduğunda – titizlikle soruşturma, cezai kovuşturmaya tabi tutma, yargılama ve sorumluları cezalandırma görevi vardır.”

İnsan Hakları Komitesi⁵⁰¹

Bazı durumlarda hukuk dışı infaz ve zorla kaybetmenin savaş suçu olabileceğini de hatırlatmak gerekir (bkz. III. Bölüm: “Zorla Kaybetme, Hukuk Dışı İnfaz ve Diğer Suçlar”). Buna ilişkin olarak Uluslararası Kızılhaç Komitesi, devletlerin kendi vatandaşları ya da silahlı kuvvetleri tarafından veya kendi topraklarında veya evrensel yargı ilkesi kapsamında yetki alanları dahilinde işlenen savaş suçlarını soruşturma ykmllğ hem uluslararası hem iç silahlı çatıŐmalara uygulanabilecek bir Uluslararası Teaml Hukuku kuralı teşkil eder.⁵⁰²

Uluslararası hukukta tanımlanan soruşturma ykmllğ, sonuca dair bir ykmllk değil, sonuca ulaŐmak için imkanlar ölçüsünde azami çabanın gösterilmesine dair bir süreç yükümlülüğüdür.⁵⁰³ Bu açıdan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu da “bir vakada

⁴⁹⁹ *Güvenlik Konseyi Başkanı'nın Açıklaması (Statement by the President of the Security Council), “Barış ve uluslararası güvenliğin korunmasında hukukun üstünlüğünün teşvik edilmesi ve güçlendirilmesi” (“The promotion and strengthening the rule of law in the maintenance of peace and international security”), S/PRST/2010/11, 29 Haziran 2010.*

⁵⁰⁰ 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162, para. 110.

⁵⁰¹ 13 Kasım 1995 tarihli görüşler, *Nydia Erika Bautista/Kolombiya*, 563/1993 sayılı Bildirim, para. 8.6.

⁵⁰² Kural No. 158, Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, *rfi Uluslararası İnsancıl Hukuk Cilt No. 1 Kurallar (Customary International Humanitarian Law – Volume I: Rules*, Ed. ICRC), s. 607 ve devamı.

⁵⁰³ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi: 29 Temmuz 1988 tarihli karar, *Velásquez Rodrıguez/Honduras*, Seri C No. 4, para. 166 ve 174; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 123; 16 Kasım 2009 tarihli karar, *González vd. (“Pamuk Tarlası”)/Meksika*, Seri C No. 205, para. 289; ve 23 Eylül 2009 tarihli karar, *Garibaldi/Brezilya*, Seri C No. 203, para. 113.

hiç kimsenin hüküm giymemiş olması veya gösterilen tüm çabalara rağmen vakaya ilişkin gerçeklerin aydınlatılmamış olması soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmediği anlamına gelmez"⁵⁰⁴ açıklamasını yapmıştır.

Bununla beraber, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin de açıklık getirdiği üzere, bu yükümlülük "ciddi bir biçimde ele alınmalı, etkisiz olacağı baştan belli bir formalite muamelesi yapılmamalıdır. Yürütülen soruşturmanın bir hedefi bulunmalı ve mağdurun veya ailesinin girişimlerine dayalı olarak veya kanıt sunmaları üzerine özel oluşumlarca atılan bir adım değil, devlet tarafından kendi yasal sorumluluğu olarak addedilen ve üstlenilen bir süreç olmalıdır."⁵⁰⁵ Mahkeme, ayrıca, bu hususta şöyle bir açıklamada bulunmuştur: "Devletin soruşturma sürecinin bir parçasını oluşturan her adımı ve bir bütün olarak soruşturmanın kendisi belirli bir amaç taşımalıdır: hakikatin saptanması ve olaylardan sorumlu olanların soruşturulması, takibi, yakalanması, kovuşturulması ve, gerektiğinde, cezalandırılması."⁵⁰⁶

Dolayısıyla, söz konusu olanın imkanlar ölçüsünde bir yükümlülük olmasına rağmen yetkililer zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz kapsamına giren herhangi bir ihlal iddiasını özenli ve sebat ederek soruşturmalıdır. Benzer biçimde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu da "Devlet, eldeki sonucun gerçek anlamda hakikatin peşinde olmadan otomatikçe bağlı şekilde uyguladığı birtakım usuli formalitelerin ürünü olmadığını ikna edici ve güvenilir biçimde ortaya koymak için anında, ayrıntılı, eksiksiz ve tarafsız bir soruşturma yürüttüğünü göstermesi gerekir"⁵⁰⁷ ifadesinde bulunmuştur.

⁵⁰⁴ Rapor No. 55/97, 18 Kasım 1997, Dosya No. 11.137, *Juan Carlos Abella ve diğerleri (Arjantin)*, para. 412.

⁵⁰⁵ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 123.

⁵⁰⁶ 10 Temmuz 2007 tarihli karar, *Cantoral-Huamani ve Garcia-Santa Cruz/Peru Davası*, Seri C No. 167, para 131.

⁵⁰⁷ Rapor No. 55/97, 18 Kasım 1997, Dosya No. 11.137, *Juan Carlos Abella ve diğerleri (Arjantin)*, para. 412.

3. Soruşturma Yüklümlülüğünün Boyutları ve İeriği

Soruşturma suçun kendisini; hazırlık ve akabindeki örtbas etme faaliyeti dahil işlendiği koşul ve Şartları; sebeplerini ve olaylara karışmış kişilerin kimliği ile iştirak düzeylerini saptamaya yönelik olmalıdır. Elbette ki soruşturma devletin zorla kaybetme ve hukuk diŐi infazdan sorumlu olanları kovuşturma ve cezalandırma yüklümlülüğüyle yakından bağlantılıdır. Dolayısıyla Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi "soruşturmanın imkan dahilindeki tüm yasal yollar kullanılarak gerçeŐleştirilmesi gerektiğine ve amacının da hakikatin ortaya çıkarılması ve – hele ki devlet aktörleri dahil olmuŐsa veya olmuş olma ihtimalleri varsa – olayların arkasındaki tüm esas planlayıcılar ile faillerin takibi, yakalanması, kovuşturulması ve nihayetinde cezalandırılması olması gerektiğine"⁵⁰⁸ hükmetmiştir. İnsan Hakları Komitesi de soruşturmaların amacının ağır ihlallerin cezasız kalmamasını ve fail olduğundan Şüphelenilen kişilerin etkili biçimde kovuŐturulmasını sağlamak olduğunu belirtmiştir.⁵⁰⁹

Zorla kaybetme ve hukuk diŐi infazlara ilişkin gerçeŐleştirilen soruşturmaların amacı bu suçların işlendiği koşulları ve bu suçlardan sorumlu olanların, adalet önüne çıkarılmaları maksadıyla kimliği ile iştirak düzeyini tespit etmek olduğundan bu soruşturmalar genellikle cezai mahiyet taşırlar. Dolayısıyla hedefleri söz konusu fiillerin tüm esas planlayıcıları ile faillerinin cezai

⁵⁰⁸ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 178. Aynı hususta, diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 1 Eylül 2010 tarihli karar, *Ibsen Cárdenas ve Ibsen Peña/Bolivya Davası*, Seri C No. 217, para. 155; 26 AĞustos 2011 tarihli karar, *Torres Millacura ve diğerleri/Arjantin Davası*, Seri C No. 229, para. 115; 31 Ocak 2006 tarihli karar, *Pueblo Bello Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 140, para. 143; 24 Kasım 2011 tarihli karar, *Barrios Ailesi/Venezuela Davası*, Seri C No. 237, para. 178; ve 27 Şubat 2012 tarihli karar, *Narciso González Medina ve Ailesi/Dominik Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 240, para. 204.

⁵⁰⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Peru (Concluding Observations of the Human Rights Committee: Peru)*, CCPR/CO/70/PER, 15 Kasım 2000, para. 8; *Şili*, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 Nisan 2007, para. 9; *Brezilya*, CCPR/C/BRA/CO/2 1 Aralık 2005, para. 12; *Guatemala*, CCPR/C/79/Add.63, 3 Nisan 1996, para. 26 ve CCPR/CO/72/GTM, 27 AĞustos 2001, para. 13; *Guyana*, CCPR/C/79/Add.121 25 Nisan 2000, para. 10; *Paraguay*, CCPR/C/PRY/CO/2 24 Nisan 2006, para. 11 ve CCPR/C/PRY/CO/3, 29 Nisan 2013, para. 8; ve *Surinam*, CCPR/CO/80/SUR 4 Mayıs 2004, para. 7.

kovuşturmaya tabi tutulması, takibi, yakalanması, yargılanması ve nihai olarak cezalandırılmasını sağlamaktır. Bu aēıdan İnsan Hakları Komitesi zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz vakalarında soruşturmaların cezai mahiyette olması ve sorumluların kovuşturulmasına y6nelik olmaları gerektiği kanaatindedir.⁵¹⁰

Soruşturma y6k6ml6l6ę6 sorumluların soruşturulması, teşhis edilmesi, işleme tabi tutulması, yargılanması ve uygun biēimde cezalandırılmasını kapsar. S6z konusu olanın imkanlar 6lē6s6nde ēaba g6stermeye ilişkin bir sorumluluk olmasına rağmen, bu h6k6m giymiş kişinin cezasını kararda ifade edilen koşullarda ēekmek zorunda olmadığı anlamına gelmez.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁵¹¹

Bu bağlamda, uluslararası iētihat, hakikat komisyonlarının devleti zorla kaybetme veya hukuk dışı infaz olaylarının aslını saptamak, sorumlularını adalet 6n6ne getirmek maksadıyla tespit etmek ve uygun yaptırımları uygulamak amacıyla cezai soruşturma baŐlatma y6k6ml6l6ę6nden hiēbir Şekilde muaf kılmadığını tasdik etmiştir.⁵¹² Buna ilişkin olarak Peru Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu 6rneğinde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Şu ifadeyi kullanmıştır: “S6z konusu Komisyon’un faaliyetleri 6nemli bir ēaba 6rneği

⁵¹⁰ 24 Ekim 2002 tarihli g6r6Őler, *Jos6 Antonio Coronel ve diğerleri/Kolombiya*, 778/1997 sayılı Bildirim, 8 Temmuz 2008 tarihli g6r6Őler, *Sathasivam/Sri Lanka*, 1436/2005 sayılı Bildirim ve 2 Nisan 2009 tarihli g6r6Őler, *Abubakar Amirov ve diğerleri/Rusya Federasyonu*, 1447/2006 sayılı Bildirim.

⁵¹¹ 14 Kasım 2014 tarihli karar, *Rodr6guez Vera vd. (Adalet Sarayı’ndan Kaybedilenler)/Kolombiya Davası*, Seri C No. 287, para. 460.

⁵¹² Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (22 Eyl6l 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 180; 31 Ağustos 2011 tarihli karar, *Contreras ve diğerleri/El Salvador Davası*, Seri C No. 232, para. 135; 24 Kasım 2010, *Gomes Lund ve diğerleri (Guerrilha do Araguaia)/Brezilya Davası*, Seri C No. 219, para. 297; 26 Eyl6l 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve diğerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154, para. 150; 25 Mayıs 2010 tarihli karar, *Chitay Nech ve diğerleri/Guatemala Dava*, Seri C No. 212, para. 234; 1 Eyl6l 2010 tarihli karar, *Ibsen C6rdenas ve Ibsen Peņa/Bolivya Davası*, Seri C No. 217, para. 158; 23 Kasım 2009 tarihli karar, *Radilla Pacheco/Meksika Davası*, Seri C No. 209, para. 179; ve 24 Kasım 2009 tarihli karar, *Dos Erres Katliamı/Guatemala Davası*, Seri C No. 211, para. 232); Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu (Rapor No. 136/99, Dosya No. 10.488 *Ignacio Ellacur6a S.J. ve diğerleri* (El Salvador), 22 Aralık 1999, para. 230, ve Rapor No. 28/92, 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 ve 10.311 nolu Dosyalar (Arjantin), 2 Ekim 1992, para. 52).

oluşturmakta ve Peru'nun tarihindeki belirli bir döneme dair hakikatin araştırılması ve ortaya çıkarılmasına katkıda bulunmaktadır. Ancak Mahkeme, yukarıda değinilen hususu gözardı etmeden, söz konusu rapor içeriğinde bulunan 'tarihsel hakikat'in devletin hakikati mahkeme süreçleri yoluyla da saptama yükümlülüğünü tamamlamadığı veya ikame etmediğini özellikle belirtmeyi yerinde görmektedir."⁵¹³

Bununla birlikte zorla kaybetme ve "gizli" infaz veya kaçak gömülme olayları bağlamında soruşturma yükümlülüğünün bir başka boyutu daha bulunmaktadır: Mağdurun akıbeti veya yerini belirlemek.⁵¹⁴ Soruşturma yükümlülüğünün bu özgül boyutu etkili başvuru hakkıyla ve mağdurun akrabalarının haklarıyla yakından ilişkilidir. Hatta BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi de mağdurların ailelerinin "mağdurların yerleri ve akıbetlerini"⁵¹⁵ bilme hakkı olduğunu, dolayısıyla devletin bu hakkı sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir.

"Zorla kaybedilme veya hukuk dışı ve keyfi infazlarının mağdurlarının bulunana kadar aranması, ne zaman gerçekteştiklerine ve akrabaların resmi bir suç duyurusunda bulunmuş olup olmadıklarına bakılmaksızın olayların aydınlatılması için gerekli azami çaba gösterilmelidir. Bu süreçte aramanın önündeki engellerin ortadan kaldırılması için tüm yöntemlere başvurulmalıdır. Ayrıca, savaş hali, düşmanlıklar, çatışma, silahlı eylemler veya silahlı çatışma ya da başka şiddet içerikli durumlar kapsamındaki olaylar dolayısıyla kaybedilmiş kişilerin aranması ve bulunması için de ilgili uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku standartları çerçevesinde gerekli azami çaba gösterilmelidir."

⁵¹³ 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162, para. 224.

⁵¹⁴ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar* (md. 22(c)); *BM Yerinden Edilme Rehber İlkeleri* (İlke 16); Kural No. 117, *Örfi Uluslararası İnsancıl Hukuk, Cilt No. 1 Kurallar (Customary International Humanitarian Law, Volume No. 1 Rules)*, Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, Ed. ICRC, s. 421 ve devamı.

⁵¹⁵ *Hakikat Hakkı üzerine İnceleme (Study on Right to the Truth), Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi Raporu (Report of the Office of the High Commissioner for Human Rights of the United Nations)*, E/CN.4/2006/91, 9 Ocak 2006, para. 59.

Zorla Kaybedilme, Adalet ve Hakikate İlişkin Arama ve Mezardan Çıkarma Süreçlerinde Psikososyal Çalışma Dünya Kongresi, Standart 1 "Zorla kaybedilme, hukuk dışı ve keyfi infaz mağduru olmuş kişilerin aranması"

Bu hususta, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, zorla kaybetme vakalarında "soruşturma kapsamında aynı zamanda mağdurun akıbeti ve bulunduğu yeri saptamak için gerekli tüm adımlar da atılmalıdır" tespitinde bulunmuştur. WGEID'e göre ise, "kişiyi bulmak için gerekli tüm adımları atmaya dair mutlak bir yükümlölük bulunmaktadır; ancak sonuca ulaŐmak konusunda böylesi mutlak bir yükümlölük yoktur. Bazı vakalarda, örneğin çeşitli sebeplerle bedeninin bulunamadığı durumlarda, hakikaten de gerçeği açığa çıkarmak bir hayli zor veya imkansızdır. Bir kişi kısa yoldan infaz edilmiş olabilir ancak bedeni gömmüş olan şahıs artık hayatta olmadığından ve kişinin akıbetine dair başka hiç kimse bilgi sahibi olmadığından bedeni veya kalıntılarını bulmak mümkün olmayabilir. Devletin yine de varsayım yoluyla kişinin yeri veya akıbetini saptayabilene dek soruşturmaya devam etme yükümlölüğü vardır."⁵¹⁶

Yükümlölüğüün bu boyutu "gizli" infaz veya kaçak gömölme durumlarında da geçerlidir. Bu bağlamda, akabinde mağdurun kaçak olarak gömölüdüğü "gizli" ve hukuk dışı infaz durumunda İnsan Hakları Komitesi ilgili devletin "[aile bireyelerine], başka yol ve yöntemlerin yanı sıra, [mağdurun] gömölü olduğu yerin resmi olarak tanınması ve ailenin yaşadığı ıŐtırabın telafi edilmesi yoluyla da etkili ve uygulanabilir bir çözümler sunma zorunluluğu"⁵¹⁷ olduğunu ifade etmiştir.

Zorla kaybetme suçunun süreğen ve kesintisiz yapısı göz önüne alınınca, "zorla kaybedilmiş kişinin nihai akıbeti belirsiz olduğu sürece bu mahiyetteki olayları soruşturma yükümlölüğü baki kalır; çünkü yakın akrabalarının mağdurun akıbetini ve gerektiğinde kalıntılarının nerede bulunduğunu bilme hakkı devletin elindeki tüm imkanlar yoluyla tatmin etmesi gerektiği adil ve makul bir

⁵¹⁶ "Zorla Kaybetmeler Bağlamında Hakikat Hakkına İlişkin Genel Yorum" ("General Comment on the Right to the Truth in Relation to Enforced Disappearances"), Doc. Cit., para. 5.

⁵¹⁷ 26 Mart 2006 tarihli görüşler, *Sankara ve diğerleri/Burkina Faso Davası*, 1159/2003 sayılı Bildirim, para. 14.

beklentidir.”⁵¹⁸ Bu açıdan *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*, “kaybedilmiş kişinin akıbeti açıklığı kavuşturuluncaya dek soruşturmayı devam ettirme yükümlülüğünü”⁵¹⁹ açıkça teyit etmektedir. WGEID, “kaybedilmiş kişinin akıbeti ve yeri belirsiz kaldıkça soruşturmayı devam ettirme yükümlülüğünün zorla kaybetmelerin süregelen yapısının bir sonucu olduğunu”⁵²⁰ belirtmiştir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi mağdurların yeri ve akıbetini soruşturma yükümlülüğünün “[mağdurun] yerini mümkün olan en kısa sürede tespit etmek için gerekli tüm çabaların gösterildiği, uygun adli ve idari mekanizmalar” yoluyla yerine getirilmesi gerektiğini ve bu bağlamdaki “arama sürecinin uygun ve yeterli insan kaynağı, teknik ve bilimsel imkanların kullanımıyla sistematik bir biçimde ve titizlikle yürütülmesi gerektiğini”⁵²¹ ifade etmiştir.

“Aile bireyleri için zorla kaybedilmiş bir kişinin bedenine erişmek her şeyden önemlidir; çünkü bu, söz konusu [bedeni] inançları doğrultusunda defnedebilmelerini ve yıllardır deneyimlemekte oldukları yas sürecini tamamına erdirebilmelerini sağlar. Buna ek olarak, Mahkeme, devlet yetkililerinin sürekli olarak mağdurların yeri hakkında bilgi vermeyi ya da ne olduğunu açığa çıkarmak için etkili bir soruşturma yürütmeyi reddetmelerinin yakınların ıstırabını artırıcı etkide olduğu kanaatine varmış olduğunu hatırlatmaktadır.” Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁵²²

⁵¹⁸ 14 Kasım 2014 tarihli karar, *Rodríguez Vera vd. (Adalet Sarayı'ndan Kaybedilenler)/Kolombiya Davası*, Seri C No. 287, para. 439.

⁵¹⁹ Madde 24 (6). Ayrıca, benzer biçimde *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge*'nin de “zorla kaybedilmiş kişinin akıbeti açıklığı kavuşturuluncaya kadar soruşturmayı devam ettirme yükümlülüğünü” güvence altına aldığını ifade etmek gerekir (Md. 13,6).

⁵²⁰ “Zorla Kaybetmeler Bağlamında Hakikat Hakkına İlişkin Genel Yorum”, Doc. Cit., para. 4.

⁵²¹ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 251. Aynı bağlamda bkz.: 14 Kasım 2014 tarihli karar, *Rodríguez Vera vd. (Adalet Sarayı'ndan Kaybedilenler)/Kolombiya Davası*, Seri C No. 287, para. 480; ve 20 Kasım 12 tarihli karar, *Gudiel Álvarez ve diğçerleri (Diario Militar)/Guatemala Davası*, Seri C No. 253, para. 200.

⁵²² 29 Kasım 2012 tarihli karar, *García ve Aile Fertleri/Guatemala Davası*, Seri C No. 258, para. 164.

Birçok ÷lkede adli olmayan kurumlar zorla kaybedilme, hukuk dışı infaz, gizli infaz ve kaçak gm÷lme mağdurlarının yerleri ve akıbetlerini araştırma işlevi ve yetkisine sahiptir. Böylesi yetkilere sahip olanlar arasında, Guatemala İnsan Hakları Ombudsmanı gibi, Amerika kıtasının çeşitli ÷lkelerindeki birtakım ombudsmanlar bulunmaktadır. Başka ÷lkeler ise, Kolombiya'daki *Kayıp Kişilerin Aranması Ulusal Komisyonu* gibi, arama s÷relerini koordine etmek adına özel birimler oluŐturmuŐtur. Benzer biçimde Peru Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu ve Şili Ulusal Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu gibi birçok hakikat komisyonu da görev tanımları kapsamında bu rol÷ içermektedir.

Ancak böylesi durumlarda devletin hem adli olmayan hem de adli alanlarda soruŐtırma y÷r÷tme y÷k÷ml÷l÷đ÷ olduğunu ifade etmek gerekir. Mağdurları arama ve bulmaya yönelik faaliyetler, devleti failleri yargı n÷ne çıkarmak maksadıyla suçu soruŐtırma y÷k÷ml÷l÷đ÷nden muaf kılmaz.

4. SoruŐtırmaların Nitelikleri

Uluslararası hukuk zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz olaylarının soruŐtırulmasında uyulması gereken Şartlar belirler. SoruŐtırmalar gerekli özenle ve gecikme olmaksızın y÷r÷t÷lmeli, ayrıntılı ve eksiksiz, etkili, tarafsız ve bağımsız olmalı, imkan dahilindeki t÷m yasal yolları kullanmalı ve t÷m ilgili devlet kurumlarını s÷rece katmalıdır. Bu bağlamda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, "bu Şartlar olmadığında devlet yasal işlem baŐlatma yetkisini etkili ve yeterli bir biçimde kullanamaz ve mahkemeler de bu t÷r ihlallerin gerektirdiği yargılama s÷relerini y÷r÷tmez"⁵²³ açıklamasında bulunmuştur.

Genel itibarıyla herhangi bir ciddi insan hakkı ihlali için belirlenmiş olanlarla aynı olmalarına rağmen, insan haklarına ilişkin çeşitli uluslararası belgeler ve içtihat zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz durumlarında – bu durumların zg÷ll÷klerini de göz n÷ne alarak – soruŐtırmaların uyması gereken birtakım Şartlar belirlemiştir. Bu kapsamda aşağıdaki uluslararası belgeler bir zorla kaybetme veya

⁵²³ 10 Temmuz 2007 tarihli karar, *Cantoral-Huamani ve Garcia-Santa Cruz/Peru Davası*, Seri C No. 167, para 133.

hukuk dışı infaz vakasında yapılacak herhangi soruşturmanın sahip olması gereken nitelikleri öngörmektedir:

- *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (11, 12, 18 ve 24. Maddeler);
- *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* (Md. 13);
- *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* (İlkeler);
- *Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler* (22 ila 26. ilkeler);
- *Savcıların Rolüne Dair Kurallar* (11 ila 16, 20 ila 24. ilkeler);
- *Kolluk Kuvvetleri Davranış Kuralları* (4, 5 ve 8. Maddeler).

Ayrıca, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin kaybedilmesi veya ölümlü durumunda da Şu uluslararası belgeler konuyla ilgilidir:

- *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Rehber İlkeler* (İlke 34);
- *Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Kurallar* (Kural 57);
- *Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunmasına dair İlkeler ve İyi Uygulamalar* (İlke XXIII, 3).

Yukarıdakilere ek olarak, zorla kaybetme ve hukuk dışı infazların adli bilimsel boyutlarından dolayı başka uluslararası belgeler ve standartlar da ilgili hükümler içerir⁵²⁴ (bkz. Bölüm VI: "Adli

⁵²⁴ Özellikle: Soruşturma, otopsi, mezardan çıkarma ve iskeletleşmiş kalıntıların analizi için model protokoller içeren *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair Kurallar* (Minnesota Protokolü); ve *Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz vakalarında arama süreçleri ve adli soruşturmaya dair ilkeler ve asgari standartlar üzerine uluslararası mutabakat*. Ayrıca, zorla kaybetme veya hukuk dışı infaz mağdurları çoğunlukla işkenceye de maruz bırakılmış olduğundan *İŞkence ve Diğeri Zalimane, İnsanlık Dışı ve Küçültücü Muamele ve Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenmesine Kılavuzluk Eden İlkeler* ile *İŞkence ve Diğeri Zalimane, İnsanlık Dışı, AŐağılıyıcı Muamele veya*

Bilimlerin Rolü”). Bu belgelerin ve genel anlamıyla adli bilimlerin yüksek önemi Genel Kurul, önceki BM İnsan Hakları Komisyonu ve BM İnsan Hakları Konseyi'nin⁵²⁵ yanı sıra Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu⁵²⁶ tarafından da vurgulanmıştır.

Dolayısıyla soruşturma yükümlülüğü uluslararası standartlar ve içtihat yoluyla belirlenmiş normlar uyarınca yerine getirilmelidir. Uluslararası hukuk gereğince böylesi soruşturmalar şu niteliklere sahip olmalıdır:

a. Gerekli özen ve iyi niyet

Soruşturma yükümlülüğü iyi niyetle ve gerekli özeni göstererek yerine getirilmeli, soruşturmanın amacı cezasızlığı önlemek olmalıdır. Bu hususta, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi şu ifadeyi kullanmıştır: “Devletin soruşturma yükümlülüğü cezasızlığı veya böylesi eylemlerin tekrarlanmasını engellemek adına titizlikle ve özenle yerine getirilmelidir.”⁵²⁷ Mahkeme, ayrıca, ciddi insan hakkı ihlallerini soruşturma yükümlülüğüne uygun davranmak açısından “Devletin cezasızlığı sürdüren tüm yasal (*de jure*) ve fiili (*de facto*) engelleri ortadan kaldırması gerektiğini”⁵²⁸ ve “soruşturmaya yürütmek için yeterli altyapı veya personel olmayışı gibi ülke içi engelleri uluslararası [soruşturma] yükümlülüğünü savuşturmak adına öne sürmenin mümkün olmadığını”⁵²⁹ belirtmiştir. Mahkeme yine buna benzer olarak: “Ulusal mevzuattaki hiçbir yasa veya hüküm bir devleti insan hakkı ihlallerinden sorumlu olanları soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğüne uymaktan alıkoymaz. Herhangi bir devlet ciddi insan hakkı ihlallerini içeren suçlardan dolayı yargılanmakta olan

Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu da (İstanbul Protokolü) büyük öneme sahiptir.

⁵²⁵ Örneğin bakınız: Genel Kurul'un 68/165 sayılı Kararı, 18 Aralık 2013; önceki BM İnsan Hakları Komisyonu'nun 2003/33 sayılı, 23 Nisan 2003 tarihli Kararı ve 2005/26 sayılı, 19 Nisan 2005 tarihli Kararı; ve BM İnsan Hakları Konseyi'nin 10/26 sayılı, 27 Mart 2009 tarihli Kararı ve 15/5 sayılı, 29 Eylül 2010 tarihli Kararı.

⁵²⁶ 2717 (XLII-O/12) sayılı, 4 Haziran 12 tarihli Karar.

⁵²⁷ 27 Şubat 2012 tarihli karar, *Narciso González Medina ve Ailesi/Dominik Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 240, para. 203.

⁵²⁸ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/ Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 178.

⁵²⁹ 23 Eylül 2009 tarihli karar, *Garibaldi/Brezilya Davası*, Seri C No. 203, para. 137.

kişilere ilgili uluslararası yükümlülükleri zedeleyen yasal mekanizmaları haksız yere uygulayarak doğrudan veya dolaylı koruma sağlayamaz"⁵³⁰ demiştir.

"Mahkeme tüm af hükümleri, zamaşımı hükümleri ve sorumluluğu ortadan kaldırmayı amaçlayan tedbirlerin kabul edilemez olduğu kanaatindedir, çünkü bunlar işkence, hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infaz ve zorla kaybetme gibi ciddi insan hakkı ihlallerinden sorumlu olanların soruşturulması ve cezalandırılmasını engellemeye yöneliktir."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁵³¹

Zorla Kaybetmeler Komitesi de "tüm kaybedilme vakalarının kapsamlı, ayrıntılı ve tarafsız şekilde, gerçekleştirmelerinden itibaren geçmiş olan süreden bağımsız olarak ve resmi şikayetin olup olmadığına bakılmaksızın soruşturulması ile ulusal mevzuatta böylesi soruşturmaların yürütülmesinin önündeki tüm yasal engellerin – Af Kanunu'nun yorumu başta olmak üzere – kaldırılması için gerekli yasal veya adli tedbirlerin alınması"⁵³² zorunluluklarının altını çizmiştir.

Gerekli özen, soruşturmanın imkanlar dahilindeki tüm yasal yollar kullanılarak ve tüm olgular, suçların karmaşıklığı, işlendikleri bağlamlar ve suçlara iştirak edenlerin tamamı göz önüne alınarak gerçekleştirilmesini gerektirir. Bu doğrultuda İnsan Hakları Komitesi "samimiyetle ve gerçekten yapıldığından şüphe duyulan üstünkörü ve faydasız soruşturmaların"⁵³³ gerekli özenle soruşturma yürütme yükümlülüğünün standartlarına uymadığını belirtmiştir.

"Soruşturmalarda gerekli özeni göstermek hukuk dışı infazı gerçekleştiren şahısların içinde bulunduğu karmaşık yapıların davranış kalıplarını göz önüne almayı gerektirir çünkü söz konusu yapılar suçun işlenmesinden

⁵³⁰ 26 Mayıs 2010 tarihli karar, *Manuel Cepeda Vargas/Kolombiya Davası*, Seri C No. 213, para. 166.

⁵³¹ 14 Mart 2001 tarihli karar, *Barrios Altos/Peru Davası*, Seri C No. 75, para. 41.

⁵³² *Sözleşme'nin Madde 29, para. 1'i uyarınca İspanya tarafından sunulan Rapora dair Zorla Kaybetmeler Komitesi'nin Sonuç Gözlemleri (Concluding Observations of the Committee on Enforced Disappearances on the Report submitted by Spain under article 29, para. 1, of the Convention)*, CED/C/ESP/CO/1, 12 Aralık 2013, Para. 12.

⁵³³ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, 2 Nisan 2009 tarihli görüşler, *Abubakar Amirov ve diğerleri/Rusya Federasyonu*, 1447/2006 sayılı Bildirim, par. 11.4 ve devamı.

sonra da yerinde kalır ve tam da kendilerinin cezasız kalmasını sağlamak için suçu soruşturanları, tanık olabilecekleri veya mağdurların yakın akrabaları gibi hakikatin aranmasında menfaat sahibi olanları korkutup sindirmek için tehditlere başvurur. Devletin böylesi, tehdit ve korkutma çabalarını engellemek adına yeterli düzeyde koruma ve araştırma tedbirleri almış olması gerekir.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁵³⁴

Kaybedilmiş kişilerin infaz edilmiş olması durumunda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin tespitine göre: “Bu olayların soruşturulmasında gerekli özenin gösterilmesi yükümlülüğü olay yerinin doğru biçimde incelenmesi ile bedenlerin muayenesi, teşhisi ve ne olduğunun anlaşılması adına farklı bir yere götürülmelerini de kapsar. Mahkeme, olası bir ölümü soruşturma yükümlülüğü bağlamında hakikatin etkili bir biçimde saptanmakta olduğunun, başvuru ilk tedbirler ile atılan ilk adımların titizliğinden anlaşılır olması gerektiğini belirtmiştir.”⁵³⁵

Zorla kaybetme, hukuk dışı infaz, gizli infaz veya kaçak gömülme vakalarında gerekli özen aynı zamanda mağdurların yeri veya akibetinin ivedilikle açıklığa kavuşturulması ve bulunmaları için gerekli temel ve uygun adımların atılması anlamına gelir.⁵³⁶

b. Re'sen soruşturma yürütme görevi

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaza ilişkin soruşturmalar resmi şikayet olup olmadığına bakılmaksızın re'sen (*ex officio*) başlatılmalıdır.⁵³⁷ Bu yükümlülük, zorla kaybetme ve hukuk dışı

⁵³⁴ 26 Mayıs 2010 tarihli karar, *Manuel Cepeda Vargas/Kolombiya Davası*, Seri C No. 213, para. 149.

⁵³⁵ 14 Kasım 2014 tarihli karar, *Rodríguez Vera vd. (Adalet Sarayı'ndan Kaybedilenler)/Kolombiya Davası*, Seri C No. 287, para. 489.

⁵³⁶ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 135 ve 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 182.

⁵³⁷ *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (Md. 12(2)); *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* (İlke 9); *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* (Md. 13(1)); *Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü* (Prensip 34); ve *Özgürlüğünden*

infaz dahil olmak üzere uluslararası hukukta teminat altına alınan hakları ihlal eden davranışları yansıtan ciddi insan hakkı ihlalleri ve uluslararası hukuk kapsamında suç teşkil eden fiillerin mahiyeti üzerinde temellenmektedir.

Bu, ayrıca, yetkililerin söz konusu eylemlerin gerçekleştiği koşulları ve olaylara ilişkin gerçekleri açıklığa kavuşturmak ve sorumluları tespit etmek için kendi girişimleriyle soruşturma yürütmek zorunda oldukları anlamına gelir. Bu bağlamda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, "Yürütülen soruşturmanın bir hedefi bulunmalı ve hükümetin etkili hakikat arayışı söz konusu olmadan mağdurun veya ailesinin girişimlerine dayalı olarak veya kanıt sunmaları üzerine özel oluşumlarca atılan bir adım değil, devlet tarafından kendi yasal sorumluluğu olarak addedilen ve üstlenilen bir süreç olmalıdır"⁵³⁸ ifadesinde bulunmuştur.

"Bir kişinin zorla kaybedilmiş olduğuna inanmak için sebep olduğu her durumda soruşturma yürütülmelidir. Bu yükümlülük suç duyurusunda bulunulmasından bağımsız olarak mevcuttur; çünkü zorla kaybetme durumunda Uluslararası Hukuk ve – Peru için de bağlayıcı olan – hakları güvence altına almaya dair genel zorunluluk, devletleri vakaları herhangi bir gecikme olmaksızın, ciddi, tarafsız ve etkili bir biçimde re'sen soruşturmaya yükümlü kılar."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁵³⁹

Dahası, zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz suçu işlendiğini bilen veya işlenmiş olduğunu düşünmek için sebebi olan yetkililer amirlerini ve/veya denetleme veya soruşturma makamlarını haberdar etmelidir.⁵⁴⁰ Bazı durumlarda bir kamu görevlisinin bu yönde harekete geçmemesi söz konusu fiillere bir iştirak veya göz

Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (Kural 57).

⁵³⁸ 29 Temmuz 1988 tarihli karar, *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Seri C No. 4, para. 177.

⁵³⁹ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzaldo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 65.

⁵⁴⁰ Diğerlerinin yanı sıra, bkz.: *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (Md. 23,3); *Kolluk Kuvvetleri Davranış Kuralları* (Md. 8); ve *Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler* (İlke 24 ve 25).

yumma biçimi teşkil edebilir⁵⁴¹ ve dolayısıyla bireysel cezai sorumluluk doğurabilir.

Uluslararası standartlar devletin zorla kaybetme veya hukuk dışı infaza ilişkin re'sen soruşturma yürütme yükümlülüğünün oluştuğuş koşulları tanımlamak için farklı birtakım ifadeler kullanmaktadırlar. *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*'de "makul gerekçe"⁵⁴² tabiri kullanılırken *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge*'de "inanmak için yeterli sebep"⁵⁴³ ifadesi vardır. *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler*'de ise "şüpheden"⁵⁴⁴ söz edilmektedir. Uluslararası içtihat, uluslararası hukukta standardın "makul gerekçe" olduğuş konusunda sözbirliğı etmiştir. Ancak, İnsan Hakları Komitesi, ateşli silahla ölüm vakalarında en azından devlet güvenlik organlarının payı olup olmadığını araştıracak etkili bir soruşturmanın zorunlu olduğuş ifade etmektedir.⁵⁴⁵ Komite, "Herhangi bir kolluk memuru tarafından aşırı güç kullanımı veya zulüm söz konusu olduğuşda mağdur suç duyurusunda bulunmazsa Taraf Devlet sistematik biçimde re'sen soruşturma yapılmasını sağlamalıdır"⁵⁴⁶ şeklinde tavsiyede bulunmuştur. Bu hususta Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de "şiddet sonucu ölüm vakalarında [...] Devlet yetkilileri olaydan haberdar olur olmaz re'sen soruşturma başlatmalı ve gecikme olmaksızın hakiki, tarafsız ve etkili bir soruşturma yürütmelidir"⁵⁴⁷ demiştir.

Gözaltındaki kişilerin ölümü veya zorla kaybedilmesi durumunda ise herhangi bir makul gerekçe veya şüphelenmasa dahi otomatik

⁵⁴¹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, İşkenceye karşı Komite (Committee against Torture), 21 Kasım 2002 tarihli karar, *Hajrizi Dzemajl ve diğerleri/Yugoslavya*, 161/2000 sayılı Bildirim, para. 9.2.

⁵⁴² Madde 12, 2.

⁵⁴³ Madde 13, 1.

⁵⁴⁴ İlke 9.

⁵⁴⁵ 2 Nisan 2009 tarihli görüşler, *Abubakar Amirov ve diğerleri/Rusya Federasyonu*, 1447/2006 sayılı Bildirim, para. 11.4.

⁵⁴⁶ *İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Dominik Cumhuriyeti (Concluding Observations of the Human Rights Committee: Dominican Republic)*, CCPR/C/DOM/CO/5, 19 Nisan 2014, para. 14.

⁵⁴⁷ 23 Eylül 2009 tarihli karar, *Garibaldi/Brezilya Davası*, Seri C No. 203, para. 114.

olarak re'sen soruşturma baŐlatma zorunluluğu vardır.⁵⁴⁸ Bu otomatik zorunluluk, Amerika Kıtasında Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunmasına dair İlkeler ve İyi Uygulamalar uyarınca devletin özgürlüğünden yoksun bıraktılmıŐ kişilerin haklarının garantörü olarak özel konumundan kaynaklanır.⁵⁴⁹ Böylesi durumlarda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin de vurgulamıŐ olduğu üzere, "Devlet, Sözleşme'de teminat altına alınan hakların garantörü sıfatıyla, gözaltında bulunan tüm kişilerin insancıl muamele hakkının sağlanmasından sorumludur."⁵⁵⁰

"Bir kişinin zorla kaybedilmiş olduğundan kuŐkulanmak için makul gerekçe olduğu her durumda cezai soruşturma başlatılmalıdır. Bu yükümlülük suç duyurusu yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın mevcuttur; çünkü uluslararası hukuk ve hakları güvence altına almaya ilişkin genel yükümlülük, zorla kaybetme vakalarını re'sen, gecikme olmaksızın ve ciddi, tarafsız ve etkili bir biçimde soruşturma yükümlülüğü getirir. Dolayısıyla soruşturma yapılıp yapılmaması mağdurun veya yakın akrabalarının süreç baŐlatma girişimlerine veya şahıŐların delil sunmasına bağlı değildir. Herhangi bir durumda kişilerin zorla kaybedilmesine yönelik faaliyetlerin farkına varan tüm devlet yetkilileri, kamu görevlileri veya şahıŐların bunu anında ihbar etmesi gereklidir."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁵⁵¹

c. Tarafsız ve bağımsız soruşturma

Uluslararası standartlar zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz vakalarında soruşturmaların bağımsız ve tarafsız olmasını gerektirir.⁵⁵² Bu unsurlar esasa ilişkindir ve devletin kendi sistem

⁵⁴⁸ Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü (Prensip 34); Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (Kural 57); ve Amerika Kıtasında Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunmasına dair İlkeler ve İyi Uygulamalar (İlke XXIII, 3).

⁵⁴⁹ İlke I.

⁵⁵⁰ 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Baldeón García/Peru Davası*, Seri C No. 147, para. 120.

⁵⁵¹ 14 Kasım 2014 tarihli karar, *Rodríguez Vera vd. (Adalet Sarayı'ndan Kaybedilenler)/Kolombiya Davası*, Seri C No. 287, para. 475.

⁵⁵² *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (Md. 12,1); *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* (Md. 13,1); ve *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* (İlke 9).

ve usullerini soruŐtırmaların bağımsız ve tarafsız olması ağısından uyarlaması zorunluluğunu getirir. Dolayısıyla Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi "soruŐtırmaların hukuk kurallarına uygun olarak yürütölmesi gerektiğini; bunun da yargı organlarının bağımsızlık ve tarafsızlıklarını güvence altına alan bir biçimde düzenlenmeleri ve cezasızlığı önlemek ve hakikati ortaya çıkarmak adına ciddi insan hakkı ihlallerinin yargılamasının normal mahkemelerce yapılması anlamına geldiğini"⁵⁵³ ifade etmiştir. Mahkeme, ayrıca, "bağımsızlık ve tarafsızlık kriterleri dahil tüm bu şartların, yargı süreçleri öncesinde ölümün koşullarını ve yeterli delilin varlığını saptamak üzere yapılan soruŐtırmadan sorumlu, adli olmayan birimler için de geçerli olduğuna"⁵⁵⁴ hükmetmiştir.

Bağımsız soruŐtırma zorunluluğu, soruŐtırmayı yürüten organ ve soruŐtırmacıların suça karışmış olma ihtimallerinin olmamasını ve fail olduklarından şüphelenilen kişiler ile bu kişilerin bağılı buldukları kurum ve organlardan bağımsız olmalarını gerektirir. Ayrıca, bir soruŐtırmanın bağımsız olabilmesi için soruŐtırmayı yürüten organ ve soruŐtırmacıların fail oldukları iddia edilen kişiler ile bu kişilerin bağılı buldukları kurumlarla tabiiyet ilişkisi içinde olmamaları veya bunlara hiyerarşik veya işlevsel olarak bağımlı olmamaları da gereklidir. Silahlı kuvvetler mensupları tarafından işlendiğı iddia edilen suçların soruŐtırmaları yine silahlı kuvvetler mensupları tarafından yürütölürse soruŐtırmanın bağımsızlığı zedelenebilir. Bu bağlamda İnsan Hakları Komitesi,⁵⁵⁵ Zorla

⁵⁵³ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No.202, para. 125.

⁵⁵⁴ 10 Temmuz 2000 tarihli karar, *Cantoral Huamani ve Garia Santa Cruz/Peru Davası*, Seri C No. 167 para 133.

⁵⁵⁵ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, *İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Peru*, CCPR/C/79/Add.67, 25 Temmuz 1996, para. 22; *Kolombiya*, CCPR/C/79/Add.76, 5 Mayıs 1997, para. 19 ve 23 ve CCPR/CO/80/COL, 26 Mayıs 2004, para. 9; *Bolivya*, CCPR/C/79/Add.74, 1 May 1997, para. 34; *Venezuela*, CCPR/CO/71/VEN, 26 April 2001, para. 8; *Kırgız Cumhuriyeti*, CCPR/CO/69/KGZ, 24 Temmuz 2000, para. 7; *Şili*, CCPR/C/79/Add.104, 30 Mart 1999, para. 10; *Belarus/Beyaz Rusya*, CCPR/C/79/add.86, 19 Kasım 1997, para. 9; *Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, CCPR/C/79/Add.96, 18 Ağustos 1998, para. 10; *Kamerun*, CCPR/C/79/Add.116, 4 Kasım 1999, para.

20; *Sudan*, CCPR/C/79/Add.85, 19 November 1997, para. 12; *Morityus*, CCPR/C/79/Add.60, 4 Haziran 1996, literal E; *Brezilya*, CCPR/C/79/Add.66, 24

Kaybetmeler Komitesi,⁵⁵⁶ WGEID,⁵⁵⁷ İnfazlar Özel Raportörü,⁵⁵⁸ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu⁵⁵⁹ ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi,⁵⁶⁰ silahlı kuvvetler veya emniyet mensupları tarafından işlendiği düşünölen zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz gibi ciddi insan hakkı ihlallerinin askeri mahkeme veya ordu ya da polis birimlerince soruşturulamayacağı, bunun yerine normal mahkemelere bağlı ya da normal mahkemelerin ceza

Temmuz 1996, para. 22; *Almanya*, CCPR/C/79/Add.73, 18 Kasım 1996, para. 11; *Bolivya*, CCPR/C/79/Add.74, 1 Mayıs 1997, para. 28; *Kuveyt*, CCPR/CO/KWT, 27 Temmuz 2000, para. 13; *Sri Lanka*, CCPR/C/79/Add.56, 23 Temmuz 1995, para. 30; *Yemen*, A/50/40, 3 Ekim 1995; *Guyana*, CCPR/C/79/Add.121, 25 Nisan 2000, para. 10; ve *Cezayir*, CCPR/C/79/Add.95, 18 Ağustos 1998, para. 6, 7 ve 9.

⁵⁵⁶ *Sözleşme'nin Madde 29, para. 1 uyarınca Fransa tarafından sunulan Rapora dair Zorla Kaybetmeler Komitesi'nin Sonuç Gözlemleri, Komite tarafından dördüncü oturum sürecinde (8-19 Nisan 2013) onaylanmıştır (Concluding Observations of the Committee on Enforced Disappearances on the Report submitted by France under article 29, para. 1, of the Convention, approved by the Committee in its fourth period of sessions (8 to 19 April 2013))*, CED/C/FRA/CO/1 8 Mayıs 2013, para. 24 ve 25.

⁵⁵⁷ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, BM Belgeleri (UN Docs) E/CN.4/1994/26, para. 86; E/CN.4/1990/13, para. 22; ve E/CN.4/1992/18, para. 367.

⁵⁵⁸ BM Belgesi (UN Doc).t E/CN.4/1995/111, para. 86 ve 119.

⁵⁵⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Peru'da İnsan Haklarının Durumuna Dair İlk Rapor (First Report on the Situation of Human Rights in Peru)*, OAS/Ser.L/V/II.83, Doc. 31, 12 Mart 1993, para. 24; *Brezilya'da İnsan Haklarının Durumuna Dair Rapor (Report on the Situation of Human Rights in Brazil)*, OAS/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.1, 29 Eylül 1997, para. 86; *Peru'da İnsan Haklarının Durumuna Dair İkinci Rapor (Second Report on the Situation of Human Rights in Peru)*, OAS/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 Haziran 2000, para. 100, 238 ve 244; *Meksika'da İnsan Haklarının Durumuna Dair Rapor (Report on the Situation of Human Rights in Mexico)*, OAS/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 Rev. 1, 24 Eylül 1998, para. 35 ve 339; *Guatemala'da İnsan Haklarının Durumuna Dair Beşinci Rapor (Fifth Report on the Situation of Human Rights in Guatemala)*, OAS/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 Nisan 2001, para. 33 ve 63; ve *Kolombiya'da İnsan Haklarının Durumuna Dair İkinci Rapor (Second Report on the Situation of Human Rights in Colombia)*, OAS/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev., 14 Ekim 1993, Bölüm III "Kolombiya'nın siyasi ve yasal sistemi" ("political and legal system of Colombia") (F): ("Varolan yasal sistemde Olağanüstü Haller" / "States of Emergency under the existing legal system").

⁵⁶⁰ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 189 ve 190; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 125 ve devamı; ve 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru Davası*, Seri C, No. 162, para. 141 ve devamı.

hakimlerinin yönetimi veya denetimi altında olan sivil organlarca soruşturulmaları gerektiği konusunda hemfikirdir.

İnsan Hakları Komitesi, emniyet mensuplarına atfedilen insan hakkı ihlali ve suiistimali vakalarının bağımsız bir organ tarafından soruşturulmamasının cezasızlık iklimini pekiştiren bir etkisi olduğunu birçok kez vurgulamıştır.⁵⁶¹

“Komite, Taraf Devletin, kısa yoldan infaz, kaybedilme, işkence ve kötü muamele, keyfi tutuklama ve gözaltı iddialarını soruşturmak, faillerini adalet önüne getirmek, cezalandırmak ve mağdurların zararlarını tazmin etmek için etkili tedbirler almasını ısrarla tavsiye etmektedir. Eğer güvenlik güçleri mensupları hakkında böyle iddialar ileri sürülmüşse soruşturma söz konusu güvenlik güçlerinin parçası olmayan tarafsız bir birim tarafından yürütülmelidir.”

İnsan Hakları Komitesi⁵⁶²

Zorla Kaybetmeler Komitesi ise, devletlerin, “zorla kaybetme suçunu işlemiş olmasından şüphelenilen kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak soruşturmayı etkileyebilecekleri veya aksatabilecekleri bir konumda bulundurulmamalarını” sağlamak adına çeşitli yasa ve mekanizmalar benimsemelerini tavsiye etmiş ve ayrıca “Taraf Devletin, özel olarak, zorla kaybetme suçunu işlemiş olduğundan şüphelenilen kolluk kuvveti mensuplarının söz konusu kayıpların soruşturulması sürecine katılmaması için güvence işlevi görecek bir mekanizma oluşturan bir yasal hüküm benimsemesini ve bu güvenceye tüm soruşturmalarda riayet edilmesini sağlamak için gerekli tedbirleri almasını tavsiye etmiştir.”⁵⁶³

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, “bir ölüme ilişkin soruşturmanın etkili olabilmesi için söz konusu soruşturmadan

⁵⁶¹ İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Sri Lanka (Concluding Observations of the Human Rights Committee: Sri Lanka), CCPR/C/79/Add.56, 23 Temmuz 1995, para. 15 ve Belarus/Beyaz Rusya, CCPR/C/79/add.86, 19 Kasım 1997, para. 9.

⁵⁶² İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Peru, CCPR/C/79/Add.67, 25 Temmuz 1996, para. 22.

⁵⁶³ Sözleşme'nin Madde 29, para. 1'i uyarınca Arjantin tarafından sunulan Raporla dair Zorla Kaybetmeler Komitesi'nin Sonuç Gözlemleri (Concluding Observations on the Report submitted by Argentina under article 29, para. 1, of the Convention), CED/C/ARG/CO/1, 12 Aralık 2013, para. 23.

sorumlu kimselerin vakaya karışmış kişilerden *yasal ve fiili* olarak bağımsız olması elzemdir. Bu yalnızca hiyerarşik ve kurumsal bağımsızlığı değil uygulamada bağımsızlığı da gerektirir”⁵⁶⁴ vurgusunu yapmıştır. Mahkeme, ayrıca, zorla kaybetme suçu işlemiş veya işlenişine karışmış olduğundan şüphelenilen personelin soruşturma faaliyeti gerçekleştirmesinin bütünüyle kabul edilemez olduğu ve “kanıt toplamada [...] gerekli özenin gösterilmemesi”⁵⁶⁵ anlamına geldiği kanaatindedir.

Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler’de tarafsızlığın sağlanamaması dahil herhangi bir sebeple soruşturma usullerinin yetersiz kaldığı durumlar için şöyle öngörülmektedir: “Hükümetler soruşturmaları bağımsız bir inceleme komisyonuna veya benzeri bir usule göre yaptırır. Bu komisyon üyeleri bireysel olarak tarafsızlıkları, yeterlilikleri ve bağımsızlıkları ile tanınmış kişiler olmalarından dolayı seçilir. Komisyon üyeleri özellikle de incelemeye tabi olan kurumlar, kuruluşlar veya kişilerden bağımsız olurlar.”⁵⁶⁶ Bu tip komisyonların da bu şartları sağlayamadığı ve hatta tam tersine “soruşturulması gereken kişiler arasında bulunanların bağlı oldukları devlet güvenlik birimlerinin mensuplarından”⁵⁶⁷ oluştukları durumlara ilişkin olarak, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, zorla kaybetme vakasını soruşturanlar ile soruşturmaya tabi tutulması gerekenler arasındaki tabiiyet ve bilgilendirme ilişkilerinden dolayı soruşturmaya hanel getirildiğine ve bunun da akabinde yapılacak adli tahkikatı sınırlandıracak veya temelini çürütecek etkisi olabileceğine karar vermiştir.⁵⁶⁸

⁵⁶⁴ 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Baldeón García/Peru Davası*, Seri C No. 147, para. 95.

⁵⁶⁵ 21 Ağustos 2011 tarihli karar, *Torres Millacura ve diğerleri/Arjantin Davası*, Seri C No. 229, para. 121.

⁵⁶⁶ İlke 11. Aynı şekilde *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Küçültücü Muamele ve Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenmesine Kılavuzluk Eden İlkeler*’de de “fail olduklarından şüphelenilen kişiler ile hizmet ettikleri kurumlardan bağımsız olan soruşturmacılar yetkin ve tarafsız olacaktır,” şeklinde öngörülmüştür. (İlke 2).

⁵⁶⁷ 27 Şubat 2012 tarihli karar, *Narciso González Medina ve Ailesi/Dominik Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 240, para. 215.

⁵⁶⁸ A.g.e., para. 219.

Soruşturmanın tarafsız olması Şartı, soruşturmayı idare eden ve/veya uygulayan kişilerin önyargı veya peŐin hükümlerden azade olmalarını ökoŐul olarak gerektirir. Ayrıca, soruşturmadan sorumlu olanların söz konusu vakada herhangi bir menfaatleri bulunmadığı ve soruşturulmakta olan hususta tarafların çıkarlarını savunan biçimlerde davranmaması gerektiği anlamına gelir. Tarafsızlığın suç teşkil eden fiillerin kendisine veya örtbas edilmelerine iştirak etmiş kişilerin soruşturmayla kesinlikle hiÇbir bağı olamayacağı anlamına geldiği de aşikardır. Bu bakımdan, Zorla Kaybetmeler Komitesi, "mensupları zorla kaybetme suÇu işlemiş olduğundan Şüphelenilen kolluk ya da güvenlik güçlerinin soruşturmada görev almamasını sağlayacak bir mekanizmanın"⁵⁶⁹ kurulmasını tavsiye etmiştir.

Savcılar soruşturma sürecinde kritik bir rol oyna ve *Hakim ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportör*'ün de vurguladığı üzere, "toplumu cezasızlık kültüründen korumada temel bir görev ve ceza adaletine giriş kapısı rolü üstlenirler."⁵⁷⁰ Bu bağlamda *Savcıların Rolüne Dair Kurallar*'da⁵⁷¹ savcılarının "görevlerini tarafsız bir biçimde ve siyasi, sosyal, dini, ırksal, kültürel, cinsel veya diğer saiklerle ayrımcılık uygulamaktan kaçınarak"⁵⁷² ifa etmeleri gerektiği ve "yasaya uygun olarak görevlerini adil, istikrarlı ve hızlı bir biçimde, insan onuruna sayđı çerçevesinde, bunu koruyarak ve

⁵⁶⁹ *Sözleşme'nin Madde 29, para. 1'i uyarınca Paraguay tarafından sunulan Rapora dair Zorla Kaybetmeler Komitesi'nin Sonuç Gözlemleri (Concluding Observations on the Report submitted by Paraguay under article 29, para. 1, of the Convention), CED/C/PRY/CO/1, 24 Eylül 2014, para. 16. Ayrıca bkz.: Sözleşme'nin Madde 29, para. 1'i uyarınca Fransa tarafından sunulan Rapora dair Zorla Kaybetmeler Komitesi'nin Sonuç Gözlemleri, Komite tarafından dördüncü oturum sürecinde (8-19 Nisan 2013) onaylanmıştır, CED/C/FRA/CO/1, 8 Mayıs 2013, para. 25.*

⁵⁷⁰ *Hakim ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportör Gabriela Knaul'un Raporu (Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Gabriela Knaul), A/HRC/20/19, 7 Haziran 2012, para. 35.*

⁵⁷¹ 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da (Küba) düzenlenen Sekizinci Birleşmiş Milletler SuÇun Önlenmesi ve SuÇlulara Muamele Kongresi tarafından benimsenen Birleşmiş Milletler Belgesi (United Nations Document, adopted by the Eighth Congress of the United Nations on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders, held in Havana (Cuba) from 27 August to 7 September 1990), A/CONF.144/28/Revs. 1.

⁵⁷² Kural 13 (a).

insan haklarını savunarak yerine getirmeleri gerektiği”⁵⁷³ ifade edilmiştir.

Savcının rolünün gerektiği biçimde yerine getirilmesi diğer hükümet organlarından bağımsız ve özerk olmasını gerektirir.⁵⁷⁴ Hakimlerin aksine, Uluslararası hukukta savcıların kurumsal bağımsızlığını koruma altına alan özel standartlar belirlenmemektedir. Bu, bazı yetki alanları içerisinde savcıların yürütme organı tarafından atanmasından veya bir ölçüde yürütmeye bağımlı olmasından – mesela hükümet tarafından verilen birtakım emirlere uymak zorunda olması gibi – kaynaklanmaktadır. Ancak, *Hakim ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportör* tarafından da vurgulanmış olduğu üzere, “Devletler, savcıların önemli görev ve işlevlerini nesnel, özerk, bağımsız ve tarafsız bir biçimde yerine getirebilmelerini sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.”⁵⁷⁵

“Kamu avukatları dahil kamu görevlilerinin faaliyetlerine egemen olan kanunilik ilkesi, bu kişilere görevlerini Anayasa ve kanunlarda belirlenen düzenlemeler temelinde hareket ederek ifa etme yükümlülüğü getirir. Böylece savcılar da hukukun doğru biçimde uygulandığından emin olmalı, olaylara ilişkin hakikati olduğu gibi ağığa çıkarmayı amaçlamalı ve bunu yaparken profesyonelce, sadakatle ve iyi niyetle davranmalıdırlar.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁵⁷⁶

d. Kapsamlı ve etkili soruŐtırmalar

SoruŐtırmaların kapsamlı, ayrıntılı ve etkili olması gerekir;⁵⁷⁷ yani diğer bir deyişle örtbas edilme biçimi dahil suçun işlendiği koşul ve

⁵⁷³ Kural 12.

⁵⁷⁴ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu (Inter-American Commission on Human Rights), *Meksika’da İnsan Haklarının Durumuna Dair Rapor*, OAS/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 Revs. 1, para. 372 ve 381; *Hakim ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportör’ün Raporu*, A/HRC/20/19, 7 Haziran 2012, para. 26; ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1 Aralık 2008 tarihli karar, *Medvedyev ve diğerleri/Fransa*, Başvuru No. 3394/03, para. 61.

⁵⁷⁵ *Hakim ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportör Gabriela Knaut’un Raporu*, A/HRC/20/19, 7 Haziran 2012, para. 95.

⁵⁷⁶ 27 Ocak 2009 tarihli karar, *Tristán Donoso/Panama Davası*, Seri C No. 193, para. 165.

şartlar ile olaylarla iliőđi olan tđm kişilerin (fikirsel ve somut anlamda planlayıcıları, katılımcıları, emir-komuta zinciri, yardımcı olanları vs.) kimliklerini, iştirak dđzeylerini ve saiklerini saptamak için gerekli tđm tedbir ve adımları içermelidir.

Hukuk dışı infazlar bağlamında *Minnesota Protokolđ* olarak da bilinen *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* nelerin gerekli olduğuna ilişkin açık emareler barındırır. Amerikalılar Arası insan hakları organları, soruşturmaları yđrđtđrken bu standartlara ve prosedđrlere uymanın en yđksek derece önem arz ettiğini, uymamanın ise soruşturmaların kapsamlı ya da ayrıntılı olmamasına ve genellikle de cezasızlığa yol açtığını defalarca belirtmiştir. İnfazlar Özel Raportđrđ bu husustaki kanaatini, "bir hđkđmetin [İ]lkeler'de belirtilen standartlara uygun olmayan uygulamalarının varlığı, hiçbir hđkđmet yetkilisinin kısa yoldan veya keyfi infaz olaylarına doğrudan karıőmamıő olduğu tespit edilse dahi hđkđmetin sorumluluğunun gđstergesi sayılabilir"⁵⁷⁸ diyerek ifade etmektedir.

"Mahkeme, ayrıca, olay yerinin ve mağdurların bedenlerinin incelenmesinde delilleri ve soruşturmanın baőarisına sağlayacak tđm emareleri muhafaza etmek adına bedenin başka bir yere gđtđrđlmesi ve otopsi gibi birtakım temel prosedđrlerin uygulanması gerektiğini ileri sđrmektedir."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁵⁷⁹

Bu bağlamda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁵⁸⁰ ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu,⁵⁸¹ devlet yetkililerinin

⁵⁷⁷ *Bđtđn Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sđzleőme* (Md. 12(1)); *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* (Md. 13(1)); ve *Yasa Dışı, Keyfi ve Hukuk dışı İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* (İlke 9).

⁵⁷⁸ BM Belgesi (UN Doc). E/CN.4/1990/22, para. 463. Ayrıca bkz. BM Belgesi (UN Doc). E/CN.4/1991/36, para. 591.

⁵⁷⁹ 14 Kasım 2014 tarihli karar, *Rodrđguez Vera vd. (Adalet Sarayı'ndan Kaybedilenler)/Kolombiya Davası*, Seri C No. 287, para. 489.

⁵⁸⁰ 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Baldeón Garcđa/Peru Davası*, Seri C No. 147, para. 96; 23 Eylđl 2009 tarihli karar, *Garibaldi/Brezilya Davası*, Seri C No. 203, para. 155; 7 Temmuz 2003 tarihli karar, *Juan Humberto Sánchez/Honduras Davası*, Seri C No. 99, para. 128; 31 Ocak 2006 tarihli karar, *Pueblo Bello Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C

yürüttüğü soruşturmaların asgari düzeyde amaçlaması gerekenler arasında şu hususların da bulunduğunu belirtmiştir:

- Mağduru teşhis etmek;
- Sorumlulara yönelik olası bir kovuşturmada yardımcı olabilmeleri açasından ölüme ilişkin tüm delilleri toplamak ve muhafaza etmek;
- Tüm olası tanıkları tespit etmek ve soruşturulmakta olan ölüme dair ifadelerini almak;
- Ölüm nedeni, şekli, yeri ve zamanı ile ölüme sebebiyet vermiş olabilecek olaylar örüntüsünü ve eylemleri saptamak;
- Doğal ölüm, kaza sonucu ölüm, intihar ve cinayet arasında ayırım yapmak.

Mahkeme buna ilişkin olarak "soruşturma bünyesinde ölüm nedenini saptama veya suçun esas faillerini ya da planlayıcılarını teşhis etme kapasitesini etkileyen herhangi bir eksiklik veya hata yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecektir"⁵⁸² ifadesinde bulunmuştur. Mahkeme, ayrıca, "eldeki en iyi prosedürlerin uygulanması yoluyla ve yetkin uzmanlarca olay yerinin kapsamlı ve ayrıntılı bir incelemesinin gerçekteştirilmesi ve insan kalıntılarının otopsi ve incelemelerinin titizlikle yapılması gerektiğini"⁵⁸³ vurgulamıştır. Bu anlamda Mahkeme, "rapor veya ihbar edilen aykırılıkların gerekli inceleme ve cezalandırmaya tabi tutulmaması soruşturma yürütenleri böylesi yöntemler kullanmaya devam etmeye teşvik eder. Bu da adli makamların sorumluları

No. 140, para. 177; 31 Ağustos 2010 tarihli karar, *Rosendo Cantú ve Diğerleri/Meksika Davası*, Seri C No. 216, para. 178; ve 16 Kasım 2009 tarihli karar, *González vd. ("Pamuk Tarlası")/Meksika Davası*, Seri C No. 205, para. 300.

⁵⁸¹ Rapor No. 55/97, 18 Kasım 1997, Dosya No. 11.137, *Juan Carlos Abella ve diğerleri (Arjantin)*, para. 413.

⁵⁸² 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Baldeón García/Peru Davası*, Seri C No. 147, para. 97.

⁵⁸³ 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Baldeón García/Peru Davası*, Seri C No. 147, para. 96; 23 Eylül 2009 tarihli karar, *Garibaldi/Brezilya Davası*, Seri C No. 203, para. 155. Ayrıca bkz.: 7 Haziran 2003 tarihli karar, *Juan Humberto Sánchez/Honduras Davası*, Seri C No. 99, para. 128; 31 Ocak 2006 tarihli karar, *Pueblo Bello Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 140, para. 177; ve 16 Kasım 2009 tarihli karar, *González vd. ("Pamuk Tarlası")/Meksika Davası*, Seri C No. 205, para. 300.

tespit etme, kovuşturma ve onlara uygun cezayı verme yetilerini etkileyerek adalete erişimi etkisiz kılar. [...] '[İhlallerin] gerektiği gibi aydınlatılmasında çok önemli olabilecek deliller talep edilmediğinde, iŐlenmediĐinde veya değerlendirilmediğinde' devlet sorumlu tutulabilir"⁵⁸⁴ uyarısını yapmaktadır.

Zorla kaybetme vakalarında soruşturma ykmllĞ suçun özel mahiyetinden dolayı ayrıca önem taşır. Sahiden de zorla kaybetme, tanımı gereği çeşitli farklı eylem ve davranışların (zgrlkten yoksun bırakma ve akabinde ilgili kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmış olduğunu kabul etmeme ve/veya yerini ve akıbetini gizli tutma) kümülatif etkisini barındıran karmaşık bir suçtur ve buna ek olarak, süreğen yapısı dolayısıyla, tamamlanma sürecinin hep uzamasıyla bilinir (bkz. I. Bölüm: "Zorla Kaybetme"). Buna benzer olarak olgusal bir açıdan da zorla kaybetmenin karmaşık bir suç olduğu söylenebilir. Nitekim deneyimlerin gösterdiği üzere, zorla kaybetmeyi meydana getiren eylemlerin her biri (zgrlkten yoksun bırakma ve kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmış olduğunu kabul etmeme ve/veya yerini ve akıbetini gizli tutma) münferit olarak farklı birer suç teşkil eden fiil yoluyla gerçekleŐtirilebilir. zgrlkten yoksun bırakmayı ele alacak olursak, bu ilk etapta "yasal" bir gözaltı ile baŐlayıp sonrasında keyfi tutukluluk ve daha da sonra insan kaçırma suçlarını içerebilir. İlgili kişinin akıbeti veya yerinin gizlenmesi sürecinde, gözaltı kayıtlarının değiştirilmesi veya tahrif edilmesi ve/veya bu kayıtların ya da özgürlüğünden yoksun bırakma durumunu veya kişinin yeri ve akıbetini belgeleyen evrakların yok edilmesi veya yakılması gibi çok çeşitli biçimlerde cezai eylem gerçekleŐtirilebilir. Tüm bu bahsi geçen fiiller, tek başlarına dahi suç teşkil eder. Ancak bu bağlamda, söz konusu suçlar aslında daha ciddi bir suçu – yani zorla kaybetme suçunu – iŐlemenin aracılarıdır ve dolayısıyla izole ve birbirinden bağımsız eylemler olarak değil, ciddi bir suçu oluşturan unsurlar olarak ele alınmaları gerekir. Tüm bu fiiller veya davranışlar zorla kaybetme adlı daha büyük ve karmaşık suçun parçası olarak bu suça dahil edilir ve bu suçun içerisinde kapsanır. Bu davranışlar bütününün parçalarını birbirlerinden ayrı, izole ve

⁵⁸⁴ 16 Kasım 2009 tarihli karar, *González vd. ("Pamuk Tarlası")/Meksika Davası*, Seri C No. 205, para. 346 ve 349.

bağımsız şekilde ele almak, bunların varlık nedenlerini (*ratio essendi*), yani zorla kaybetme suçunun işlenmesini yok saymaya yol açar. Bunun sonucu da zorla kaybetme suçunun bu sıfatla soruşturmaya tabi tutulmaması ve dolayısıyla failler ve suç ortaklarının da bu suçtan değil daha hafif suçlardan ötürü soruşturulup yargılanmaları olur. Fakat aslında bu daha hafif suçlar, zorla kaybetme suçu işlemek adına gerçekleştirilmiş eylemlerden başkası değildir. Bu durum da doktrinin, bilhassa da Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "adalet tesisinde hile" olarak adlandırdığı haldir ve ciddi bir cezasızlık biçimi teşkil eder.

Dolayısıyla zorla kaybetmeyi yalnızca tekil eylemlerin bir toplamı olarak değil de bütünlüklü şekilde, karmaşık bir suç olarak soruşturmaya tabi tutabilmek adına söz konusu soruşturma daha kapsamlı, daha ayrıntılı ve daha etkili bir hale getirilmelidir. Hem bir bütün olarak suçun hem de buna karışmış olan tüm farklı aktör ve suç ortaklarının soruşturulması için yürütülen soruşturmanın zorla kaybetmeyi meydana getiren tüm fiil ve davranışları (aktif veya pasif) kapsamaması gerekir. Soruşturma faaliyetinin parçalı hale getirilmesi, yani diğer bir deyişle zorla kaybetme suçunu teşkil eden her bir tekil eylemin ayrı ayrı ve birbiriyle bağlantısız eylemler olarak soruşturulması suçun kendisinin soruşturulmamış olması anlamına gelir. Soruşturma birçok farklı eyleme ilişkin yürütüldüğünde bunların bir kısmı, ayrı ve bağımsız olarak ele alındığında, ceza kanunu kapsamına girmeyebileceğinden, bahsi geçen çok ciddi suça ilişkin cezasızlık hali sürdürülmüş olur. Bu hususta Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi "olası bir zorla kaybetme olayının analizi, yalnızca alıkoyma boyutuna veya işkence ihtimaline veya kişinin yaşamını kaybetmesi riskine odaklanarak birbirinden soyutlanmış, bölümlenmiş ve parçalı bir biçimde değil, eldeki olgular dizisine dayanarak ele alınmalıdır"⁵⁸⁵ demiştir. Dolayısıyla Mahkeme de devletin "zorla kaybetmeye ilişkin bir soruşturmayı, bu suçu teşkil eden unsurların her birini ayrı ayrı, parçalara bölünmüş şekilde inceleyerek değil tüm

⁵⁸⁵ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 67.

boyutlarıyla ve gerekli özeni göstererek ele alması"⁵⁸⁶ gerektiğine hükmetmiştir.

"Zorla kaybetmenin karmaşıklığı ve son derece ciddi mahiyetinin göz önüne alındığı etkili bir soruşturma güvencesi veren norm veya uygulamaları yeterli biçimde hayata geçirememek, Amerika Sözleşmesi'nin 2. Maddesinde belirtilen, zorla kaybetmenin soruşturulması [...] ve sorumluların tespiti, kovuşturulması ve uygun biçimde cezalandırılması yoluyla Sözleşme'nin 7, 5(1), 5(2), 4(1) ve 3. Maddeleriyle korunan hakların sağlanması için gerekli ulusal mevzuat hükümlerinin benimsenmesi yükümlülüğüne uymamak anlamına gelir."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁵⁸⁷

Hukuk dışı infaz ve evleviyetle, zorla kaybetme suçları çoğunlukla karmaşık ve bölümlere ayrıştırılmış örgütlenmeler yoluyla ve gizli yöntemlerle işlenir. Dolayısıyla girift bir iştirakçi ağı, gizli yöntemler, yapılar, kompartmantalize gruplar ve farklı sorumluluk düzeyleri içerir. Bu suç tiplerinde gerçek bir "iş bölümü" söz konusudur; bazıları karar verirken bazıları plan yapar, bazıları suçun işlenmesi için bilgi toplarken bazıları uygulamaya koyar başkaları ise işlenen suçu örtbas eder. Bu suç zincirinde, örneğin devlet istihbarat servisleri, paramiliter gruplar ve kiralık katiller gibi farklı aktörler farklı roller oynar. Suçlar mağdurların akrabaları ve tanıkların korkutulması, taciz edilmesi ve hatta ortadan kaldırılması ile kanıtların yok edilmesi, değiştirilmesi ve örtbas edilmesini beraberinde getirir.

Bu durumlara ilişkin olarak, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, "soruşturma yükümlülüğünün, devlet aygıtının çabalarını yalnızca doğrudan fail olan kişileri bulup, kovuşturup, gerektiğinde cezalandırmaya değil; bu ihlalleri mümkün kılan yapıları, gerekçelerini, sebeplerini, bunlardan yarar sağlayanları ve sonuçlarını açığa çıkarmaya da yöneltmeyi kapsadığına" işaret ederek şöyle devam etmiştir: "Diğer bir deyişle, insan haklarının korunması devletin herhangi bir soruşturmada nasıl davranacağını belirleyen temel hedeflerden biri olmalıdır. [...] Devlet yetkilileri, kanunlarda belirtilen esaslara uyararak, işbirliği faaliyetlerinin

⁵⁸⁶ 27 Şubat 2012 tarihli karar, *Narciso González Medina ve Ailesi/Dominik Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 240, para. 244.

⁵⁸⁷ A.g.e., para. 246.

kalıplarını ve söz konusu ihlallerin işlenişine farklı biçimlerde katılan tüm kişileri ve bunların sorumluluklarını saptamalıdır. Olay yeri ile suçun maddi koşullarını bilmek yeterli değildir; bunların ötesinde suçun işlenmesine izin veren, suçu tasarlayan ve hem fikirsel düzeyde hem de doğrudan hayata geçiren iktidar yapıları ile menfaat sahibi olan kişi veya gruplar ve suçun işlenmesinden fayda sağlayanları (yararlanıcılar) analiz etmek elzemdir. Bunun yapılması, teorilerin ve soruşturma hatlarının üretilmesine, gizli belgelerin, olay yeri tanıklarının ve başka delil niteliğindeki unsurların incelenmesine yol açabilir – ama bu süreçte, eldeki karmaşık suçu çözmek için sadece bunlar gibi teknik mekanizmalara büsbütün güvenilmez, zira bunlar da yeterli olmayabilir. Dolayısıyla mesele suçu izole ederek incelemek değil, daha ziyade operasyonel yapısını anlamak için gerekli verileri sağlayacak bağlama oturtmaktır.”⁵⁸⁸

“Bu olayların ciddi vahameti, hukuk dışı infaz ve zorla kaybetme pratiklerine egemen olan bir bütün örgütlü iktidar yapısının ve gizli, şifreli uygulamalarının varlığını gözler önüne sermektedir. Bu vakaların hiçbir surette izole ve münferit olduğu söylenemez; aksine, bu olayların meydana geldiği zamanda, bölücü örgütlerin üyelerinin ve bu örgütlerle işbirliği yaptığından şüphelenilen kişilerin ortadan kaldırılması yöntemi olarak devlet aktörleri – en çok da Silahlı Kuvvetler mensupları – tarafından sistematik bir biçimde ve yaygın şekilde uygulanan hakim davranış örüntüsünü teşkil etmektedirler.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁵⁸⁹

Ayrıca, bu durumlarda, özellikle de doğrudan tanık olan kimse bulunmadığında (veya bu kişiler korkutulup sindirildiğinde ya da ortadan kaldırıldığında) ve/veya deliller yok edilmiş ya da değiştirilmiş olduğunda, ikinci derecede kanıtlar ile emareler soruşturmada büyük önem arz eder. Bu bağlamda, zorla kaybetme vakalarına ilişkin olarak Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, “soruşturmadan sorumlu yetkililerin ikinci derecede kanıtlara, emarelere ve ipuçlarının doğurduğu varsayımlara

⁵⁸⁸ 24 Mayıs 2010 tarihli karar, *Manuel Cepeda Vargas/Kolombiya Davası*, Seri C No. 213, par. 118 ve 119. Aynı bağlamda, bakınız: “*Mapiripán Katliamı*”/Kolombiya Davası. *Doc. Cit.*, para. 219; “*Pamuk Tarlası*” Davası, *Doc. Cit.*, para. 454, ve *Valle Jaramillo ve diğerleri/Kolombiya Davası*, *Doc. Cit.*, para. 101.

⁵⁸⁹ 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162, para. 82.

özellikle dikkat etmeleri son derece önemlidir [...], böylece kanıt toplamada ve mantıksal sorgulama hatlarının takibinde eksikliklerin oluşmasını önleyebilirler”⁵⁹⁰ diyerek bunu vurgulamıştır. Dolayısıyla Mahkeme, “bir zorla kaybetme vakasını soruştururken bunun açıklığı kavuşturulmasını suça karışmış yetkililerin veya olası faillerin kabulü veya itirafına ya da onların ifadelerinin, bu kişilerin mağdurun devlet kurumlarına ait mekanlarda tutulduğunun bilincinde olduklarını söyleyen tanık ifadeleriyle uyumlu veya benzer olmasına bağlı kılmak ne mantıklı ne de makuldür”⁵⁹¹ saptamasında bulunmuştur.

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infazlar sistematik, geniş-çaplı veya kitlesel bir operasyonun parçası olarak gerçekleştirildiklerinde soruşturmanın etkili olması şartı (ve gerekli özen ilkesi) “olayların karmaşıklığı, meydana geldikleri bağlam ve meydana gelme sebeplerini açıklayan olay örüntülerinin, kanıt toplamada veya mantıksal soruşturma hatlarının geliştirilmesinde hiçbir eksiklik olmaması sağlanarak”⁵⁹² ele alınmasını gerektirir. Yani eylemlerin her biri aynı örüntüye veya pratiğe hizmet eden diğer suçlardan ayrı ve bağımsız biçimde soruşturulmamalıdır. Böyle durumlarda söz konusu olan sadece münferit bir zorla kaybetme veya hukuk dışı infaz vakası değil, insanlığa karşı suç teşkil etmesi ihtimali yüksek olan bir eylemdir. Dolayısıyla soruşturma da insanlığa karşı suçu soruşturmak adına güçlendirilmelidir. Bu bakımdan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, “belli bir çeşit insan hakkı ihlalinin etrafındaki sistematik örüntüleri ve tekrar eden kalıpları analiz edemeyen birtakım sorgulama hatlarının soruşturmaları etkisiz kılabilceğine”⁵⁹³ işaret etmektedir.

⁵⁹⁰ 27 Şubat 2012 tarihli karar, *Narciso González Medina ve Ailesi/Dominik Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 240, para. 232.

⁵⁹¹ 27 Şubat 2012 tarihli karar, *Narciso González Medina/Dominik Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 240, para. 161.

⁵⁹² 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 154.

⁵⁹³ 16 Kasım 2009 tarihli karar, “*Pamuk Tarlası*” Davası, Doc. Cit., para. 366. Ayrıca bkz.: 11 Mayıs 2007 tarihli karar, *Rochela Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 163, para. 156, 158 ve 164.

“Ciddi insan hakkı ihlallerinin işlenmesini mümkün kılmıő olan sistematik örüntüleri ve cezasızlığı sađlamıő olan tüm mekanizma ve yapıları göz önüne almak için gerekli tedbir ve yöntemlerin benimsenmesi elzemdir.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁵⁹⁴

e. Gecikme olmaksızın, ivedilikle soruşturma

Soruşturmalar ivedilikle ve gecikme olmaksızın baőlatılmalı ve yürütülmelidir.⁵⁹⁵ Yani zorla kaybetme veya hukuk dışı infaz ile ilgili bir Şikayet alındığı anda, hatta böylesi bir Şikayetin gıyabında dahi yetkililer bu tür olaylardan haberdar olduğunda veya gerçekleşmiş olduklarını düşünmek için makul gerekçeleri olduğunda ilgili soruşturmaları anında baőlatmalıdır.

Soruşturmalara istinaden Şart koőulmuő olan bu unsur esasında iki misli önem taşır. İlk olarak, ivedi ve vakitli olarak harekete geçilmesi delillerin kaybolması, yok edilmesi veya değiştirilmesini engeller. Zorla kaybetme vakaları söz konusu olduğunda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da belirtildiği üzere, bu unsur özellikle kritik önemdedir, “çünkü bu hususta bir engelleme mağdurun kaçırılması, yeri ve akıbeti ile ilgili tüm bilgileri gizli tutma çabasının belirtisidir.”⁵⁹⁶ Mahkeme, ayrıca, “zamanın geçmesiyle delil ve/veya tanıklık elde etme imkanının kısıtlanması – hatta bazı durumlarda tamamen ortadan kalkması – arasında doğru orantılı bir ilişki bulunmaktadır; yani vakit geçtikçe soruşturulmakta olan olayları aydınlatmak, suçun olası planlayıcı ve iőtirakçilerini tespit etmek, nihayetinde cezai sorumluluklarını belirlemek, mağdurun akıbetini açıklığa kavuşturmak ve kaybedilmesinden sorumlu kişileri saptamak adına ispatlayıcı yöntemler uygulamak zor, hatta faydasız veya etkisiz hale gelir”⁵⁹⁷ ifadesinde bulunmuştur.

⁵⁹⁴ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/ Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 154.

⁵⁹⁵ *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (Md. 12(1)); *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* (Md.13(1)); ve *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* (İlke 9).

⁵⁹⁶ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 38.

⁵⁹⁷ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 185. Ayrıca bkz.: 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri

İkinci olarak ise, bu bölümün 3. kısmında belirtilmiş olduğu üzere, zorla kaybetme durumlarında soruşturmalar aynı zamanda mağdurun yeri veya akıbetini ve/veya alıkonmakta olduğu mekanı saptama amacını taşırlar. Yani diğer bir deyişle, soruşturmanın kendisi zorla kaybetmeyi sona erdirmeye yönelik olmalıdır. Bu bağlamda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, savcılığın ve adli makamların ivedilikle ve anında harekete geçerek mağdurun yerini veya sağ olarak bulunabileceği mekanı tespit etmek için gerekli adımların vakitli biçimde atılmasını sağlamalarının ne denli hayati önemde olduğunu vurgulamıştır.⁵⁹⁸ Mahkeme, ayrıca, Şu saptamayı yapmaktadır: “Söz konusu [kayıp] kişilerin ölü olduğu varsayıldığında dahi, devlet onların yerini açıklığa kavuşturmak ve tespit etmek adına tüm uygun tedbirleri almakla yükümlü olmuştur ve bu yükümlölük sürmektedir. [...] Bu yükümlölük, kişilerin zorla kaybedilmesinin haksız bir fiil olan zorla kaybetme ediminin mi veya örneğin, Adalet Sarayı’ını geri alma operasyonu sırasında ölmeleri gibi başka koşulların mı, kalıntılarının iadesindeki hataların mı yoksa farklı sebeplerin mi sonucu olduğundan bağımsız olarak mevcuttur.”⁵⁹⁹

Bu da soruşturma makamlarının, “mağdurların akıbetine ışık tutmak ve zorla kaybetme vakasının sorumlularını tespit etmek için gerekli tüm adımları atmak ve soruşturmaları yapmak üzere”⁶⁰⁰ geniş yetkilere ve imkanlara sağip oldukları anlamına gelir. Bu bağlamda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, bu

C No. 202, para. 134; 26 Ağustos 2011 tarihli karar, *Torres Millacura ve diğerleri/Arjantin Davası*, Seri C No. 229, para. 122; 12 Ağustos 2008 tarihli karar, *Heliodoro Portugal/Panama Davası*, Seri C No. 186, para. 150; 27 Şubat 2012 tarihli karar, *Narciso González Medina ve Ailesi/Dominik Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 240, para. 218; ve 29 Kasım 2012 tarihli karar, *García ve Aile Fertleri/Guatemala Davası*, Seri C No. 257, para. 135.

⁵⁹⁸ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 134. Aynı bağlamda, diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 29 Kasım 12 tarihli karar, *García ve Aile Fertleri/Guatemala Davası*, Seri C No. 257, para. 138; ve 27 Şubat 2012 tarihli karar, *Narciso González Medina ve Ailesi/Dominik Cumhuriyeti*, Seri C No. 240, para. 204, 209 ve 218.

⁵⁹⁹ 14 Kasım 2014 tarihli karar, *Rodríguez Vera vd. (Adalet Sarayı’ndan Kaybedilenler)/Kolombiya Davası*, Seri C No. 287, para. 478.

⁶⁰⁰ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 135.

doğrultuda "Devlet, soruşturmada sorumlu makamların delilleri toplamak ve işleme koymak için gerekli lojistik ve bilimsel kaynaklara sahip olmasını - özellikle de bahsi geçen olguların araştırılmasıyla ilgili belge ve bilgilere erişme yetkileri bulunmasını ve mağdurların yerlerine ilişkin delilleri elde edebilmelerini sağlayacaktır; dahası, soruşturma makamlarının gözaltı merkezlerine de - hem buralardaki belgeler hem de tutulan insanlar açısından - sınırsız erişimlerinin olması elzemdir"⁶⁰¹ hükmüne varmıştır.

Bu hususta *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*'nin de devletleri soruşturma makamlarına "etkili bir soruşturma gerçekleştirebilmeleri için, soruşturmaya ilgili belge ve diğer bilgilere erişim dahil gerekli tüm yetki ve kaynaklar[ın yanı sıra], gerektiğinde bu konuyu ivedilikle karara bağlayacak bir yargı merciinden önden izin almak suretiyle, herhangi bir gözaltı merkezine veya kaybedilmiş kişinin bulunduğuna inanmak için makul gerekçenin olduğu tüm diğer yerlere erişim"⁶⁰² sağlamaya zorunlu kıldığıının altı çizilmelidir. *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge*'de ise şöyle denmektedir: "Her bir devlet, yetkili makamların soruşturmayı etkili bir biçimde yürütebilmeleri adına, tanıkları huzura gelmeye mecbur etme, ilgili belgelerin verilmesini zorunlu kılma ve acil saha ziyaretleri yapma yetkileri dahil, gerekli yetki ve kaynaklara sahip olmalarını sağlar."⁶⁰³ Benzer biçimde, *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme*'de de olağanüstü koşullarda bile "hızlı ve etkili yargı süreçleri ve yollarına erişim hakkı özgürlüğünden yoksun bırakılmış olan kişinin yerini veya sağlık durumunu saptamanın veya söz konusu özgürlüğünden mahrum etme emrini veren ya da eylemini gerçekleştiren görevliyi tespit etmenin bir yolu olarak saklı tutulur. Bu tür prosedürlerin veya başvuruların gereğini yerine getirirken ve ilgili iç hukuk hükümlerine uygun hareket ederken yetkin yargı mercilerinin tüm alıkonma merkezlerine ve bunların bütün birimlerine ve askeri bölge içerisinde bulunan yerler dahil kaybedilmiş kişinin bulunması

⁶⁰¹ A.g.e., para. 135.

⁶⁰² Madde 12 (3).

⁶⁰³ Madde 13 (2).

ihhtimali olan tüm mekanlara anında ve serbestçe erişim izni olacaktır"⁶⁰⁴ şeklinde bir hüküm bulunmaktadır.

f. Soruşturma için yeterli yasal yetki ve çerçeve

Soruşturmaların etkili olması ve amaçlarına erişmesi için onları yürütmekle sorumlu görevlilerin bunu yapabilmek için gerekli, avukat-müvekkil gizliliğine tabi veya milli güvenlik sebebiyle gizli olan belgelere ve yerlere erişim dahil tüm bilgileri edinmeye ve tanıklar ile olası fail ve suç ortaklarını huzura gelmeye mecbur kılmaya dair yetkilere sahip olmaları gerekir.⁶⁰⁵

Bu da devletin söz konusu makamların soruşturma işlevlerini yerine getirebilmelerini sağlayacak bir yasal çerçeve benimsemeleri gerektiği anlamına gelir. Bu bakımdan, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, soruşturmaları yürütebilmek adına "soruşturmalardan sorumlu birimlerin hem resmi hem somut olarak gerekli ve uygun yetki ve güvencelerle donatılmalarının elzem olduğunu"⁶⁰⁶ belirtmiştir. Ayrıca, devlet, soruşturma makamlarına "delilleri toplamak ve işleme koymak için gerekli lojistik ve bilimsel kaynakları – özellikle de bahsi geçen olguların araştırılmasıyla ilgili belge ve bilgilere erişme yetkisini"⁶⁰⁷ sağlayacaktır. Bununla birlikte, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, "bu kaynaklar ve unsurların etkili bir soruşturmaya katkı sunduğunu, ancak bunlardan yoksun olmanın devlet yetkililerini bu yükümlülüğü yerine getirmek için gerekli çabayı göstermekten muaf tutmadığını"⁶⁰⁸ da ifade etmiştir.

Zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz olaylarına ilişkin soruşturmalarda, avukat-müvekkil gizliliğine tabi veya milli

⁶⁰⁴ Madde X.

⁶⁰⁵ *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (Md. 12(3)); *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* (Md. 13, 2); *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme* (Md. X); ve *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* (10 ve 11. İlkeler).

⁶⁰⁶ 20 Kasım 12 tarihli karar, *Gudiel Álvarez ve diğerleri (Diario Militar)/Guatemala Davası*, Seri C No. 253, para. 251.

⁶⁰⁷ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 135.

⁶⁰⁸ A.g.e..

güvenlik ya da kamu düzeni gerekçesiyle gizli olan belgelere sınırsız erişim meselesi özel önem kazanır.⁶⁰⁹ Bu hususta WGEID Şu sonuca varmıştır: “Hakikat hakkı, devletin kaybedilmiş kişilerin izinin sürölmesini sağlayacak eldeki bilgilerin tümüne erişim sağlama yükümlölüğü olduğu, yani soruşturma makamlarının yetkilerinin devlet arŐivlerine tam erişimi içermesi gerektiği [ve] soruşturma tamamlandıktan sonra da söz konusu makama ait dosyaların muhafaza edilip kamuya tamamen açık hale getirilmesi gerektiği anlamına gelir.”⁶¹⁰

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ise Őu ifadede bulunmuŐtur: “Kamu yetkilileri, kendilerinin bağlı buldukları organların mensuplarına atfedilen yasa diŐi eylemlerin soruŐturulmasını engellemek veya bundan kaçınmak adına koruyucu bir ‘devlet sırrı’ kisvesinin ardına saklanamaz. İnsan hakkı ihlali vakalarında yargı mercileri hakikati aydınlatmaya ve bahsi gečen ihlallerin sorumlularını yargılayıp cezalandırmaya çalıŐırken yargı tarafından talep edilen bilgiye karŐılık olarak ‘devlet sırrı’ gerekçesine baŐvurmak ‘Yürütme organının gizliliğini’ imtiyazlı kılma ve cezasızlığı sürdürme çabası olarak değerlendirilebilir.”⁶¹¹

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu benzer bir karara vararak Şöyle belirtmiştir: “İnsan hakkı ihlalleri söz konusu olduğunda, devlet yetkilileri, sürmekte olan soruşturma veya yargılama süreçlerinden sorumlu adli veya idari makamlarca istenen bilgileri vermeyi reddetmek için devlet sırrı veya bilginin gizliliği gibi mekanizmaları meşru bir Şekilde kullanamaz veya

⁶⁰⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 135; 25 Kasım 2003 tarihli karar, *Myrna Mack Chang/Guatemala Davası*, Seri C No. 101, para. 180 ve 181; 26 Kasım 2008 tarihli karar, *Tiu Tojín/Guatemala Davası*, Seri C No. 190, para. 77; 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162, para. 111; ve 20 Kasım 2012 tarihli karar, *Gudiel Álvarez ve diğerleri (Diario Militar)/Guatemala Davası*, Seri C No. 253, para. 251.

⁶¹⁰ “Zorla Kaybedilme bağlamında Hakikat Hakkına dair Genel Yorum” (“General Comment on the Right to the Truth in Relation to Enforced Disappearances”), Doc. Cit.

⁶¹¹ 25 Kasım 2003 tarihli karar, *Myrna Mack Chang/Guatemala Davası*, Seri C No. 101, para. 181. Bu bağlamda, bkz. *Goiburú vd./Paraguay Davası*, Doc. Cit., para. 117.

kamu yararı ya da milli güvenlik gibi gerekçeleri öne süremez.⁶¹² İnsan Hakları Komitesi de devlet sırrı veya imtiyazlarının ciddi insan hakkı ihlallerine dair bilgiye erişimi kısıtlamanın gerekçesi olarak kullanılmasını reddetmiştir.⁶¹³

"Soruşturma ve sorumluları yargılama ve uygun biçimde cezalandırma zorunluluğu devlete bütünüyle tekabül eden bir yükümlülüktür. Bunun anlamı da tüm devlet yetkililerinin, bu belgedeki Madde 1(1)'e istinaden Amerika Sözleşmesi'nin Madde 8(1) ve 25(1) Maddelerinden kaynaklanan yükümlülöklere uyarak, kendi yetki alanları dahilinde, olaylara ilişkin hakikatlerin gerektiği gibi araştırılmasında işbirliği yapmaları, buna destek ve yardımcı olmaları gerektiğidir."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁶¹⁴

Çoğunlukla askeri ve diğer devlet güvenlik birimleri soruşturmadan sorumlu makamların erişimi engellemek adına böylesi belgelerin varlığı hepten inkar eder. Bu hususta Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, "Devlet talep edilen belgelerin bulunmadığını iddia ederek kendini korumaya çalışamaz; hatta aksine söz konusu bilgiyi sağlamamasının sebebini, aranan bilginin gerçekten var olmadığını kanıtlamak için tüm imkanlarını ve gücünü seferber etmiş olduğunu göstermek suretiyle ortaya koymalıdır"⁶¹⁵ demiştir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ise soruşturma makamları tarafından talep edilen bilgilerin var olup olmadığına dair nihai kararın, soruşturulmakta olan suçun faili oldukları iddia edilen kişilerin bağlı buldukları kurumların takdirine bırakılamayacağını ifade etmiştir.⁶¹⁶

Bu bağlamda, soruşturmalar sırasında delil teşkil edebileceklerinden kayıtların ve belgelerin muhafaza edilmesi özel

⁶¹² *Amerika Kitası'nda Hakikat Hakkı (Right to the Truth in the Americas)*, OAS/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, 13 Ağustos 2014, para. 113.

⁶¹³ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Amerika Birleşik Devletleri*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, para. 16; ve *Brezilya*, CCPR/C/BRA/CO/2, Para. 18.

⁶¹⁴ 20 Kasım 2012 tarihli karar, *Gudiel Álvarez ve diğerleri (Diario Militar)/Guatemala Davası*, Seri C No. 253, Para. 252.

⁶¹⁵ 24 Kasım 2010 tarihli karar, *Gomes Lund ve diğerleri ("guerrilha do Araguaia")/Brezilya*, Seri C No. 219, para. 211.

⁶¹⁶ *Amerika Kitası'nda Hakikat Hakkı (Right to the Truth in the Americas)*, Doc. Cit., para. 114.

önem arz eden bir yükümlülüktür. Dolayısıyla, *Cezasızlığa karşı İlkeler*'de, "Bilhassa insan hakkı ve/veya insancıl hukuk ihlalleri faillerinin cezasızlığını sağlamak adına arşivlerin herhangi bir biçimde ortadan kaldırılması, yok edilmesi, gizlenmesi veya tahrif edilmesini önlemek için teknik tedbirler ve yaptırımlar uygulanmalıdır"⁶¹⁷ ifadesinde bulunulmuştur. Bölgesel düzeyde Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu, "devletler, diğer hakikatlerin yanı sıra bu tür ihlallerin ileride tekrarlanmasını önlemek adına ağır insan hakkı ihlalleri ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerine dair bilgi edinmeyi kolaylaştırmak, iddiaları soruşturmak ve mağdurlara uluslararası hukuka uygun biçimde etkili çözüm sağlamak için, kendi iç hukuk sistemleri çerçevesinde, bu ihlallere ilişkin kayıtları ve diğer delilleri muhafaza etmelidir"⁶¹⁸ vurgusunu yapmıştır. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ise: "Devlet, uluslararası, anayasal ve diğer yasal normlar uyarınca var olan görevlerini yerine getirmek için ihtiyacı olan bilgiyi üretmek, kurtarmak, yeni baştan düzenlemek ve elde etmekle yükümlüdür. Bu açıdan, örneğin, eğer devletin muhafaza etmesi gereken ve insan hakkı ihlallerini açıklığa kavuşturmak için gerekli olan bilgiler yok edilmiş veya yasa dışı biçimde ortadan kaldırılmışsa devlet, iyi niyetle, elindeki tüm imkanları seferber ederek söz konusu bilgileri kurtarmaya veya yeni baştan düzenlemeye çalışmalıdır"⁶¹⁹ demıştır.

Devletlerin benimsemesi gereken yasal çerçevenin asli unsurlarından biri de delil zinciri ve kanıtların muhafaza edilmesine dairdir. Bu, delillerin korunmasını ve soruşturma sırasında yok edilmeleri veya değiştirilmelerinin önlenmesi suretiyle soruşturmaların amaçlarına ulaşmasını ve yargısal veya idari işlemlere (arama süreçleri söz konusu olduğunda) gerçek anlamda etki etmelerini sağlayan ana unsurdur. Delil zincirinin (veya delil teslim zincirinin) doğru biçimde kurulması ve sürdürülmesi delillerin geçerli veya yasal sayılıp sayılmamasında belirleyicidir.

⁶¹⁷ İlke 14.

⁶¹⁸ Karar AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07), "Hakikat Hakkı" ("Right to the Truth"). Benzer biçimde bkz., "Hakikat Hakkı" ("Right to the Truth") Kararları: AG/RES. 2406 (XXXVIII-O/08), AG/RES. 2509 (XXXIX-O/09), ve AG/RES. 2595 (XL-O/10).

⁶¹⁹ *Amerika Kitası'nda Hakikat Hakkı*, Doc. Cit., para. 116.

Birçok uluslararası belge – bilhassa adli bilim alanındakiler⁶²⁰ – delil teslim zinciri ve delillerin muhafazası için açık standartlar belirler (bkz. Bölüm VI: “Adli Bilimlerin Rolü”). Bu hususta Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi’nin de şöyle bir ifadesi bulunmaktadır: “Bir ölüm olayının yasal ve tıbbi açıdan soruşturulmasında gerekli özenin gösterilmesi adli kanıt teşkil eden her bir öge için delil teslim zincirinin korunmasını gerektirir. Bu da kanıt teşkil eden ögenin soruşturmadan sorumlu kişiler arasında elden ele aktarılma sürecinin tarihçesini tutmak adına, gerektiğinde fotoğraflarla ve başka grafik unsurlarla tamamlanan yazılı bir kaydının titizlikle tutulması demektir. Eski delillerin, usule uygun şekilde muhafaza edilmiş oldukları durumlarda, hatalı bir biçimde mahkum edilmiş bir kişiyi temize çıkarmaya katkı sunabilecekleri göz önüne alınarak, delil zincirinin duruşmanın ve hatta sanığın hüküm giymesi ve mahkum edilmesinin dahi ötesine geçebildiği söylenebilir. Ancak mağdurların kesin olarak teşhis edilmiş kalıntıları bu bahsedilene istisna teşkil eder; çünkü bunlar, yakılamayacakları ve yeni otopsiler için ileride tekrar mezardan çıkarılabilecekleri şartıyla gömülmek üzere ailelerine teslim edilebilir.”⁶²¹

g. Mağdurların, ailelerinin ve soruşturmaya dahil olanların güvenliği ve korunması

Soruşturma sırasında yetkililer soruşturmanın parçası olan kişileri herhangi bir şiddet, yıldırma, istismar veya misilleme eylemi veya tehdidinden korumak için gerekli önlemleri almalıdır.⁶²² Bu

⁶²⁰ Diğerlerinin yanı sıra, bkz.: *Minnesota Protokolü, İstanbul Protokolü ve Zorla Kaybedilme, Adalet ve Hakikate İlişkin Arama ve Mezardan Çıkarma Süreçlerinde Psikososyal Çalışma Dünya Kongresi.*

⁶²¹ 16 Kasım 2009 tarihli karar, *Gonzalez vd. (“Pamuk Tarlası”)/Meksika Davası*, Doc. Cit., para. 305.

⁶²² *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)* (Madde 12.1 ve 18.2); *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)* (Madde 13.3); *Yasa Dışı, Keyfi ve Hukuk dışı İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler (Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions)* (İlke no. 15); *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Rehber İlkeler (Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights*

kapsamda müstekiler, mağdurlar, mağdurun yakınları ve avukatları, tanıklar ve ilgili uzmanlar gibi kişiler ile soruşturmaya bir şekilde dahil olan sivil toplum kuruluşları bulunmaktadır.

Bu koruma yükümlülüğü soruşturmaya herhangi bir şekilde dahil olan tüm resmi yetkilileri de içermelidir.

“Mağdurlar ve tanıklar söz konusu olduğunda savcılar onların menfaatinin göz önünde bulundurulacak ve gerektiğinde onların güvenliğini ve mahremiyetini korumak için önlemler alacaktır.”

Hakim ve avukatların bağımsızlığına dair özel raportör⁶²³

Bu bağlamda Amerikalılar Arası Mahkeme, “Devletlerin, yargı görevlilerini, soruşturmayı yürütenleri, tanıkları ve mağdurların yakın akrabalarını yargılamayı engellemeyi, gerçeklerin aydınlatılmasını önlemeyi ve failleri örtbas etmeyi amaçlayan taciz ve tehditlerden korumak için tüm imkanlarını sunması gerektiğini; çünkü, aksi halde, bunun tanıklık edebilecek kişileri korkutup sindiren bir etkisi olabileceğini ve soruşturmanın etkililiğini ciddi ölçüde zedeleyeceğini”⁶²⁴ vurgulamıştır.

through Action to Combat Impunity) (İlke no. 10); *Evrensel Olarak Tanınan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması ve Geliştirilmesinde Toplumsal Kuruluşların (Organların), Grupların ve Bireylerin Hakları ve Sorumlulukları Üzerine Bildirge (Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms)* (Madde 12); *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law)* (Madde 12.b); *Suç Mağduru ve Tanığı olan Çocukları ilgilendiren Konularda Adaletle İlişkin Rehber İlkeler (Guidelines on Justice in Matters Involving Child Victims and Witnesses of Crime)* (Madde 32 ve devamındaki Maddeler); ve *Zorla Kaybedilme, Adalet ve Hakikate İlişkin Arama ve Mezardan Çıkarma Süreçlerinde Psikososyal Çalışma Dünya Kongresi (World Congress on Psychosocial Work in Search and Exhumation Processes related to Forced Disappearance, Justice and Truth)* (Standart no. 7).

⁶²³ *Hakim ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportör Gabriela Knaul’un Raporu (Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Gabriela Knaul)*, A/HRC/20/19, 7 Haziran 2012, para. 48.

⁶²⁴ 20 Kasım 2013 tarihli karar, *Cacamarca Havzasında yerlerinden edilen Afrika-kökenli Topluluklar (Genesis Harekatı)/Kolombiya Davası*, Seri C No.270, para. 376. Ayrıca

Bu yükümlölük iki boyutludur: Kişilerin can güvenliğini ve emniyetini sağlamak ve soruşturmanın etkin bir şekilde yürütölmesini garanti altına almak. Bu çerçevede, askeri ve paramiliter güçlerin işlediğı birtakım suçları soruşturmakta olan sorgu hakimleri ve adli tahkikat görevlilerinin öldürölldüğü bir vakada Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi şöyle belirtmiştir: "Soruşturmada gerekli özeni göstermek, bu katliamı gerçekleştiren kişilerin karmaşık yapılanmasının faaliyet tarzını göz önüne almak demektir; çünkü bu yapı katliamın işlenmesinden sonra da yerinde kalmıştır ve tam da kendisinin cezasız kalmasını sağlamak amacıyla soruşturmayı yürütenleri ve olası tanıkları ya da mağdurların yakın akrabaları gibi hakikat peşinde olanları korkutup sindirmek için tehdit oluşturarak hareket etmektedir."⁶²⁵ Söz konusu vakada Mahkeme vardığı sonucu şöyle ifade etmektedir: "Bu olayda yargı görevlilerini, mağdurların yakın akrabalarını ve tanıkları hedef alan şiddet ve tehditler bu kişileri korkutup sindirmekte etkili olmuştur ve hakikat arayışında işbirliği yapmalarını engellemiştir. Bunun sonucunda yargılama süreci aksamıştır. Tehdit edilen bazı görevlileri, aile üyelerini ve tanıkları korumak için gerekli güvenlik önlemleri alınmadığı için durum daha da kötüye gitmiştir."⁶²⁶

"Tanıklara koruma sağlayamamak, adalet hakkı ve hakikat hakkı gibi temel hakları ciddi biçimde zedeleyebilir. [...] Böylesi bir korumanın eksikliği mağdurun 'etkili bir hukuk yoluna başvurma' hakkının ihlali anlamına gelir."

İnsan Hakları Yüksek Komiserliğı Ofisi⁶²⁷

Aynı bağlamda, İnfazlar Özel Raportörü de birtakım mekanizmaların ve koruyucu tedbirlerin "cezasızlık döngüsünü

bkz.: 3 Nisan 2009 tarihli karar, *Kawas Fernández/Honduras Davası*, Seri C No. 196, para. 106; 25 Kasım 2003 tarihli karar, *Myrna Mack Chang/Guatemala Davası*, Seri C No.101, para. 199; ve 11 Mayıs 2007 tarihli karar, *Rochela/Kolombiya – Rochela Katliamı Davası*, Seri C No. 163, para. 171.

⁶²⁵ 11 Mayıs 2007 tarihli karar, *Rochela/Kolombiya – Rochela Katliamı Davası*, Seri C No.163, para. 165.

⁶²⁶ A.g.e., para. 170.

⁶²⁷ *Hakikat hakkı – Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliğı Ofisi Raporu (Right to the truth - Report of the Office of the High Commissioner for Human Rights of the United Nations)*, A/HRC/12/19, 21 Ağustos 2009, para. 32 ve 34.

kırmak için gerekli olduğunu” belirtmiştir.⁶²⁸ Benzer bir biçimde Raportör, “etkili tanık koruma programları olmadığında hukuk dışı infazın başarılı bir biçimde kovuşturulması zor, hatta belki imkansızdır.[...] Eğer tanıklar kolaylıkla sindirilebiliyorsa, kendileri ve aileleri savunmasız durumdaysa veya kendilerine verilen korumanın güvenilmez olduğunu hissediyorlarsa ifade vermeleri pek olası değildir.[...] Dolayısıyla cezasızlığa bir son vermek, tanıklık yapan kişilerin karşılaştığı tehlikeleri azaltmaya yönelik önlemlerin kurumsallaştırılmasını gerektirir”⁶²⁹ demiştir.

Koruyucu tedbirler sadece reaktif değil, önleyici de olmalıdır. Bu tür önlemlerin alınması için saldırı ve tehditlerin kayda geçmesi beklenmemelidir. Birçok durumda böylesi tedbirlerin gerekliliği herhangi bir korkutma veya misilleme eylemi gerçekleşmemiş olsa bile işlenen suçun ciddiyeti, ağırlığı, suça iştirak eden kişi ve yapılanmalar ve/veya soruşturmanın doğurduğu tehlike ve riskler ışığında mantıksal olarak çıkarılabilir ve öngörülebilir.

Koruyucu tedbirlerin mahiyeti vakaya bağlı olarak değişmektedir. Bunları belirlerken cürmün mahiyeti ve ağırlığı, fail olduğu iddia edilen kişilerin kim olduğu, mağdurun ve tanıkların ailelerinin tehlikeye ne kadar açık olduğu ve soruşturmayı yürüten yetkililer veya soruşturmayla ilgili başka kişilerin durumu göz önüne alınmalıdır.

Tedbirler “fiziksel koruma” boyutuyla (refakat hizmeti, zırhlı araçlar, vs. gibi) veya kişilerin başka yerlere yerleştirilmeleriyle sınırlı olmamalı, aynı zamanda var olan saldırıları ve/veya tehditleri soruşturmayı da kapsamalıdır; çünkü koruma tedbirlerini gerekli kılan bu durumların soruşturulması, sorumluların saptanmasını ve cezalandırılmasını sağlayabilir.⁶³⁰ Bu son nokta da böylesi saldırıları sona erdirmek ve risk faktörlerini ortadan kaldırmak için önemlidir.

⁶²⁸ *Hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar Özel Raportörü Philip Alston’un Genel Kurul’un 61/173 sayılı Kararı uyarınca sunulan Raporu, (Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary and arbitrary executions, Philip Alston, submitted in accordance with Resolution 61/173 of the General Assembly), A/63/313, 20 Ağustos 2008, para. 14.*

⁶²⁹ *A.g.e., 20 Ağustos 2008, para. 12.*

⁶³⁰ *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin Kararı, Kolombiya Cumhuriyeti-Álvarez ve diğerleri Davası kapsamında Amerikalılar Arası İnsan Hakları*

İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi,⁶³¹ WGEID⁶³² ve İnfazlar Özel Raportörü.⁶³³ tanık koruma mekanizmalarının, tanık olacak kişinin aleyhinde tanıklık edeceği polis, güvenlik teşkilatları ve ordu gibi resmi kurumlarla bağlantılı olmamasını tavsiye etmiştir.

“Adil yargılama ilkesi çerçevesinde soruşturma yürütme yükümlülüğüne uymak için devlet, yargı görevlilerini, soruşturmayı yürütenleri, tanıkları ve mağdurların yakın akrabalarını yargılamaya mani olmak, vakaya ilişkin gerçeklerin aydınlatılmasını önlemek ve bu tür olayların sorumlularının açığa çıkarılmasını engellemek amacıyla yapılan taciz ve tehditlerden korumak için gerekli tüm önlemleri almalıdır.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁶³⁴

Koruyucu tedbirler – soruşturmayı yürütenlere ve yargı görevlilerine yönelik olanlar dahil – devletin tüm diğer uluslararası yükümlülüklerine uygun olmalıdır.⁶³⁵ Mesela, “gizli” veya “kimliği belirsiz” savcı, soruşturma görevlisi ve tanıkların kullanılması – hele ki ne kadar etkin korunabildiklerinin tartışılabilir olduğu bir durumda – devletin diğer uluslararası yükümlülükleriyle, özellikle de insan haklarının korunmasına dair uluslararası kurumların sıkça

Komisyonu’nun talep ettiği geçici önlemlerin genişletilmesi (Expansion of provisional measures requested by the Inter-American Commission on Human Rights in respect of the Republic of Colombia – Case of Álvarez and others), 10 Ağustos 2000, para. 8.

⁶³¹ *Hakikat hakkı – Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi Raporu (Right to the truth - Report of the Office of the High Commissioner for Human Rights), A/HRC/12/19, 21 Ağustos 2009, para. 69.*

⁶³² *Zorla ya da İradedışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu – Ek: Arjantin Misyonu (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances – Addendum: Mission to Argentina), A/HRC/10/9/Ek.1, 5 Ocak 2009, para. 74.*

⁶³³ *Hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar Özel Raportörü Raporu (Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary and arbitrary executions), A/63/313, 20 Ağustos 2008, par. 33 ve devamındaki paragraflar.*

⁶³⁴ 11 Mayıs 2007 tarihli karar, *Rochela Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 163, para. 171.

⁶³⁵ *Hakim ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportör Param Kumaraswamy’nin Raporu – Ek: Peru Misyonu Raporu (Report of the Special Rapporteur on the independence of the judges and lawyers, Mr. Param Kumaraswamy - Addendum: Report on the mission to Peru,) E/CN.4/1998/39/Ek.1, 19 Şubat 1998, para. 74.*

bahsettiği adil yargılama ilkesiyle uyumlu değildir.⁶³⁶ Deneyimlerden bildiğimiz üzere, bu tür uygulamalar suçta ortak olmuş devlet güvenlik güçlerinin komplo kurup suçta birinin üzerine yıkmasına, yalan ifade vererek soruşturmayı yanlış yönlendirmesine olanak sağlamaktadır.⁶³⁷ Ancak istisnai durumlarda ve yargı denetimi altında, soruşturmayı yürüten yetkililer veya savcılık makamı, cezai soruşturma sırasında mağdurun, ailesinin veya tanıkların kimliğini ifőa etmeyi reddedebilir. Yine de böyle istisnalar haricinde, mağdurların ve tanıkların kim olduklarının bilgisi adil yargılamayı sağlamak adına cezai davanın başlangıcına makul bir süre kala taraflara verilmelidir.

Koruma yükümlülüğü soruşturmanın bitmesiyle sona ermez. Eğer tehlike devam ediyorsa koruyucu tedbirler soruşturmanın sonrasında, hatta yargılama sürecinin sonrasında bile devam ettirilmelidir.⁶³⁸ Bu bağlamda Amerikalılar Arası İnsan Hakları

⁶³⁶ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: İnsan Hakları Komitesi, *Sonuç gözlemleri: Kanada (Concluding observations: Canada)*, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 Nisan 2006, para. 13, ve *Amerika Birleşik Devletleri (United States of America)*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 Aralık 2006, para. 18; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *Peru'da İnsan Haklarının Durumuna Dair İkinci Rapor (Second Report on the Situation of Human Rights in Peru)*, OAS/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 Haziran 2000, para. 103, 104 ve 110, and *Kolombiya'da İnsan Haklarının Durumuna Dair Üçüncü Rapor (Third Report on the Situation of Human Rights in Colombia)*, OAS/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 Revs. 1, 26 Şubat 1999, para. 121-124, ve *Terörizm ve İnsan Hakları Raporu (Report on Terrorism and Human Rights)*, OAS/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 Revs. 1 corr. 22 Ekim 2002, para. 233; Hakim ve Avukatların Bağımsızlığına dair Özel Raportörün Raporları: Peru Misyonu (Reports of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers on the missions to Peru) (E/CN.4/1998/39/Add.1, 19 Şubat 1998) ve Kolombiya Misyonu (and Colombia) (E/CN.4/1998/39/Add.2, 30 Mart 1998); ve *Birleşmiş Milletler Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu – Ek: Arjantin Misyonu (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances – Addendum: Mission to Argentina)*, A/HRC/10/9/Add.1 de 5 Ocak 2009, para. 77.

⁶³⁷ Yalan beyanların kullanımı üzerine, örnek olarak, bakınız: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *Kolombiya'da İnsan Haklarının Durumuna Dair Üçüncü Rapor (Third Report on the Situation of Human Rights in Colombia)*, OAS/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 Revs. 1, 26 Şubat 1999, para. 126.

⁶³⁸ Madde 12 (b) *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and*

Mahkemesi'ne göre "koruyucu tedbirlerin devam ettirilmesini gerektirmeyecek biçimde risklerin ortadan kalktığı sonucuna varabilmek için bu tedbirlerin alınmasına sebep olan ve bunları gerekli kılan nedenler ile bunların sonlandırılması ve kaldırılmasının gündeme geldiği dönemdeki koşulların detaylı ve dikkatli analizi yapılmalıdır."⁶³⁹

h. Devlet görevlilerinin görevden uzaklaştırılması ve/veya farklı yer ve görevlere atanmaları

Birçok uluslararası norm ve standart uyarınca devletin soruşturmaların ilerletilmesini engelleyenleri cezalandırma.⁶⁴⁰ bunu yaptığından şüphelenilen kişileri soruşturmaların seyrini etkilemeyecekleri şekilde konumlandırma⁶⁴¹ veya müstekiler, tanıklar, tanıkların aileleri ve soruşturmaya dahil olan başka kişiler üzerinde (doğrudan veya dolaylı şekilde) denetim sahibi oldukları konum ve görevlerden alma⁶⁴² yükümlülüğü bulunmaktadır.

İnsan Hakları Komitesi,⁶⁴³ Zorla Kaybetmeler Komitesi.⁶⁴⁴ WGEID⁶⁴⁵ ve İnfazlar Özel Raportörü⁶⁴⁶ devletlere, zorla kaybetme veya

Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law).

⁶³⁹ 14 Kasım 2014 tarihli karar, *Rodríguez Vera ve diğerleri (Adalet Sarayında Kaybedilenler)/Kolombiya Davası*, Seri C No. 287, para. 526.

⁶⁴⁰ *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)* Madde 16 (1) ve *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler (Updated Set of Principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity)* İlke 36 (a).

⁶⁴¹ *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)* Madde 12 (4).

⁶⁴² *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)* Madde 12 (4) ve *Yasa Dışı, Keyfi ve Hukuk dışı İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler (Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal, Arbitrary and Summary Executions)* İlke 15.

⁶⁴³ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Brezilya (Concluding Observations of the Human Rights Committee: Brazil)*, CCPR/C/79/Add.66, 24 Temmuz 1996, para. 20; *Kolombiya*, CCPR/C/79/Add.76, 5

hukuk dışı infaz vakalarına karışmış devlet görevlilerini bu suçların soruşturulması sırasında resmi görevlerinden uzaklaŐtırma tavsiyesinde bulunmuştur.

Bu tür tedbirler önleyici niteliktedir ve iki amaca birden hizmet ederler: i) soruşturmanın btnlğn ve etkililiğini muhafaza etmek ve ii) soruşturmaya dahil olan personelin btnlğn ve güvenliğini sağlamak. Bu nlemler tanıkları ve soruşturmaya dahil olan diğer kişileri koruma yükümlülüğüyle doğrudan ilişkilidir.⁶⁴⁷ Ancak bu önlemlerin, cezalandırıcı ya da ıslah edici boyutları olmaması ve bireysel sorumluluk atfetmiyor olmaları sebebiyle zorla kaybetme veya hukuk dışı infaz suçlarına karışmış devlet görevlilerine yönelik ceza ve/veya disiplin soruŐturmalarının ve davalarının yerine geğmediğini unutmamak gerekir.

Uluslararası insan hakları kurumları,⁶⁴⁸ uzaklaŐtırmaya alternatif olarak devlet görevlilerinin – zellikle de soruŐmayı engelleme riski

Mayıs 1997, para. 32; ve *Sırbistan-Karadağ*, CCPR/CO/81/SEMO, 12 Ağustos 2004, para. 9.

⁶⁴⁴ *Sonuç gözlemleri: Arjantin (Concluding Observations on: Argentina)*, CED/C/ARG/CO/1, 12 Aralık 2013, para. 23; *İspanya*, CED/C/ESP/CO/1, 12 Aralık 2013, para. 18; *Uruguay*, CED/C/URY/CO/1, 8 Mayıs 2013, para. 20; ve *Hollanda*, CED/C/NLD/CO/1, 10 Nisan 2014, para. 19.

⁶⁴⁵ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında alıŐma Grubu Raporu (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances)*, E/CN.4/2005/65, 23 Aralık 2004, para. 68.

⁶⁴⁶ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, *Hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar zel Raportörü Philip Alston'un Raporu – Ek: Kolombiya Misyonu (Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary and arbitrary executions, Philip Alston - Addendum: Mission to Colombia)*, A/HRC/14/24/Add.2, 31 Mart 2010, para. 93.

⁶⁴⁷ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında alıŐma Grubu Raporu – Ek: Arjantin Misyonu (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances – Addendum: Mission to Argentina)*, A/HRC/10/9/Add.1, 5 Ocak 2009, para. 75; ve *İnsan Hakları Konseyi hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar zel Raportörü Philip Alston'un Raporu (Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary and arbitrary executions, Philip Alston)*, A/63/313, 20 Ağustos 2008, para. 17.

⁶⁴⁸ örneğin, bakınız, *Sonuç gözlemleri: Brezilya (Concluding Observations of the Human Rights Committee: Brazil)*, CCPR/C/BRA/CO/2, 1 Aralık 2005, para. 12; ve *İŞkenceye Karşı Komite'nin Sonuç ve Tavsiye Kararları: El Salvador (Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: El Salvador)*, CAT/C/SLV/CO/2, 9 Aralık 2009, para. 12 ve *İŞkenceye Karşı Komite'nin Sonuç ve Tavsiye Kararları:*

mevcutsa – soruşturma sırasında başka yerlere veya görevlere atanmalarını tavsiye etmiştir. Her ne olursa olsun, yeni bir görev veya yere atanma Şeklindeki bu önlemler, ilgili devlet görevlisinin doğrudan veya dolaylı bir Şekilde soruşturma sürecine müdahale etmesine veya sekteye uğratmasına engel olacak Şekilde hayata geçirilmelidir. Bahsi geçen görevlilerin terfi ettirilmesi bu önlemler kapsamında düŐünülmemelidir.

i. Soruşturmaları engelleyenlere uygulanan yaptırımlar

Birçok uluslararası norm ve standart uyarınca devletin soruşturmaları engelleyenleri cezalandırma ykmllğ bulunmektedir.⁶⁴⁹ Bu bağlamda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi “gerçekleri açığa çıkarmayı amaçlayan soruşturmaları engelleyen, saptıran veya gereksiz yere geciktiren devlet görevlileri ve sivil vatandaşların, iç hukuk hükümleri titizlikle uygulanarak cezalandırılması gerektiğini”⁶⁵⁰ belirtmiştir.

“Soruşturmada gereken özeni göstermek, tüm ilgili devlet yetkililerinin kanıt toplamada işbirliği yapma ykmllğ olması anlamına gelir. Dolayısıyla bu kişiler hakim, savcı veya diğer adli mercilere gerekli bilgiyi sunmalı ve soruşturmanın ilerletilmesini engelleyen eylemlerden kaçınmalıdır.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁶⁵¹

Bu tür faaliyetler ilgili kişinin akıbetini ve yerini gizlemeye veya zorla kaybetme suçunu örtbas etmeye yönelik engelleyici pratiklerin parçası olduğunda, bunlardan sorumlu olanlar bu ikincil suçun failleri olarak soruŐturulmalı ve yargılanmalıdır.

Honduras (Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: Honduras), CAT/C/HND/CO/1, 23 Haziran 2009, para. 20.

⁶⁴⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin (International Convention for the Protection of All Persons from Forced Disappearance) 12 (4), 22 ve 25 (1)(b) Maddeleri ve Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance) Madde 13 (5).*

⁶⁵⁰ 29 Ağustos 2002 tarihli karar, *Caracazo/Venezuela Davası*, Seri C No. 95, para. 119.

⁶⁵¹ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 244

Bu kural, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'de de yinelenmektedir.⁶⁵² Aynı kural "gizli" infazlar ve kaçak defin söz konusu olduğunda da geçerli olmalıdır.

5. Aile Bireyleri ve Soruşturma

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz mağdurlarının yakınları olayların etkili bir şekilde soruşturulması hakkına sahiptir.⁶⁵³ Soruşturma hakkı hakikat hakkıyla yakından ilintilidir.

Soruşturma hakkı, soruşturmaya ilgili bilgiye erişim hakkı, delil sunma ve uzman görüşü ile adli inceleme isteme hakkı ve soruşturma sürecinin gelişimi ve sonuçları hakkında bilgilendirilme hakkını da içerir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre mağdurların ve/veya ailelerinin soruşturmanın her aşama ve noktasında tam erişim ve hareket kapasiteleri olmalı, gerçekleri açığa çıkarma, sorumluların cezalandırılması ve adil onarımın sağlanması için iddialarını ifade etme ve kanıt sunmaları mümkün kılınmalı.⁶⁵⁴

⁶⁵² Madde 21 (1) ve 22.

⁶⁵³ *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)* (Madde 24(2)); *Yasa Dışı, Keyfi ve Hukuk dışı İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler (Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal, Arbitrary and Summary Executions)* (İlke 16); *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law)* (Madde 11(c) ve 12); ve *Suç Mağduru ve Tanığı olan Çocukları ilgilendiren Konularda Adalete İlişkin Rehber İlkeler (Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime)* (Madde 20).

⁶⁵⁴ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru, Davası*, Seri C No. 202, para. 118; 4 Temmuz 2006 tarihli karar, *Ximenes Lopes/Brezilya Davası*, Seri C No. 149, para. 193; 1 Temmuz 2006 tarihli karar, *Ituango Katliamları/Kolombiya Davası*, Seri C No. 48, para. 296; 7 Haziran 2003 tarihli karar, *Juan Humberto Sánchez/Honduras Davası*, Seri C No. 99, para. 186; ve 29 Ağustos 2002 tarihli karar, *Caracazo/Venezuela Davası. (Tazminat)*, Seri C No. 95, para. 118.

Soruşturmaların sonuçları kamusal olmalıdır.⁶⁵⁵ Ancak soruşturmanın bazı boyutlarının – tanıkların veya bilgi kaynaklarının kim oldukları gibi – açıklanması hak ihlallerinin faillerinin yargılanması ve cezalandırılmasını riske atabilir; dolayısıyla bunlar sürmekte olan soruşturmayı sekteye uğratmamak adına kamuya açıklanmamalıdır.⁶⁵⁶ Fakat bilgiyi saklı tutma imkanı mağdurların ve ailelerinin soruşturma sırasındaki temel haklarını zedeleyecek şekilde yorumlanmamalıdır. Bu bağlamda, Zorla Kaybetmeler Çalışma Grubu bu imkanın “dar yorumlanması gerektiğini” ifade ederek şöyle demiştir: “Herhangi bir zorla kaybetme vakasında mağdurun yakınları soruşturmayla yakından ilgili olmalıdır. Onlara bilgi vermeyi reddetmek hakikat hakkını kısıtlamak anlamına gelir.”⁶⁵⁷ Dolayısıyla her türlü durumda:

- Zorla kaybetme, hukuk dışı infaz veya gizli infaz ve defin mağdurlarının yakınları, sevdiklerinin akıbeti ve yerlerine dair soruşturmaların gelişiminden haberdar edilme hakkına sahiptir;⁶⁵⁸

⁶⁵⁵ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler (Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal, Arbitrary and Summary Executions)* İlke 17; ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 7 Haziran 2003 tarihli karar, *Juan Humberto Sánchez/Honduras Davası*, Seri C No. 99, para. 186.

⁶⁵⁶ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)* Madde 13 (4); *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler (Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal, Arbitrary and Summary Executions)* İlke 17; ve *Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü (Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention)* Prensip 34.

⁶⁵⁷ Zorla Kaybetmeler Çalışma Grubu (WGEID), “Zorla Kaybedilme bağlamında Hakikat Hakkı üzerine Genel Yorum” (“General Comment on the Right to the Truth in Relation to Enforced Disappearances”), Doc. Cit., Para. 3.

⁶⁵⁸ *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)* Madde 24 (2) ve *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler (Updated Set of Principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity)* İlke 4.

- Mağdurların aileleri ve yasal temsilcilerinin delilleri isteme, sunma ve delile itiraz etme hakları vardır;
- Mağdurların aileleri ve yasal temsilcileri soruşturmanın sonuçlarına, fail olduğu iddia edilen kişilerin yargılanıp yargılanmayacağına ilişkin karara dair bilgilendirilmelidir ve söz konusu karara yasal itiraz hakları vardır.

Soruşturma sırasında:

- Mağdurların ailelerine insanca, haysiyetlerine ve insan haklarına saygılı bir biçimde muamele edilmeli, yetkililer onların fiziksel ve ruhsal sağlıkları ile mahremiyetlerini sağlamak için gerekli önlemleri almalıdır.⁶⁵⁹
- Soruşturma makamları, mağdurların ve ailelerinin kültürel, etnik, dilsel, toplumsal cinsiyet kimlikleri ve cinsel yönelimlerini de dikkate almalı, bu özgül koşullara bağlı farklı yaklaşımlar ve çalışma yöntemleri benimsemelidir.⁶⁶⁰
- Mağdurların ailelerinin yasal tavsiye alma, sosyal, tıbbi, psikolojik ve psikososyal destek ve danışmanlıktan (sosyal

⁶⁵⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law)* Prensipler 10; *Suç Mağduru ve Tanığı olan Çocukları ilgilendiren Konularda Adaletle İlişkin Rehber İlkeler (the Guidelines on Justice in matters involving Child Victims and Witnesses of Crime)*; *Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi (Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)* Madde 4, 6, 14, 15, 16 ve 17; *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)* Madde 24 (6); ve *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler (Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity)* ilke 10.

⁶⁶⁰ Bakınız: *Zorla Kaybedilme, Adalet ve Hakikate İlişkin Arama ve Mezardan Çıkarma Süreçlerinde Psikososyal Çalışma Dünya Kongresi (World Congress on Psychosocial Work in Search and Exhumation Processes related to Forced Disappearance)*, *Adalet ve Hakikat (Justice and Truth)*; ve *Suç Mağduru ve Tanığı olan Çocukları ilgilendiren Konularda Adaletle İlişkin Rehber İlkeler (Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime)*.

çalışmacı ve ruh sağlığı profesyonellerinden) yararlanma ve bunların – hatta gerektiğinde yasal destek ve tercümanlık hizmetlerinin de – masraflarının karşılanmasına hakları vardır.

- Hukuk dışı infaz vakalarında mağdurun yakınlarının otopside bir hekim veya başka nitelikli temsilci bulundurma hakkı vardır.⁶⁶¹
- Aileler, öldürülmüş yakınlarının bedenlerinin veya iskeletleşmiş kalıntılarının kendilerine teslim edilmesi hakkına sahiptir.
- Zorla kaybetme vakalarında yetkililerin kaybedilmiş kişinin ve ailesinin haklarını korumak için gerekli önlemleri almalıdır. Bu özellikle de kaybedilmiş kişi ve yakınlarının yasal statüleri – yani sosyal koruma, mali meseleler, aile hukuku ve mülkiyet hakları bağlamında önem taşımaktadır.⁶⁶² Ancak Zorla Kaybetmeler Çalışma Grubu bu tür önlemlerin soruşturmaları sekteye uğratma veya askıya alma etkisi olmaması gerektiğini ve bunların devleti ilgili kişinin akıbeti ve nerede olduğunu açığa çıkarmak için soruşturmayı ilerletme veya failleri yargılama ve cezalandırma sorumluluğundan azletmediğini ifade etmiştir.⁶⁶³
- Soruşturma makamı, soruşturma kapsamında mağdurların ailelerini de içeren faaliyetlerin (tanıklık sunma, ifade verme, avukatlar ve adli işlemler gibi) onlar için yeni travma veya yeniden mağduriyet yaratmaması için gerekli tedbirleri almalıdır.

⁶⁶¹ *Yasa Dışı, Keyfi ve Hukuk dışı İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler (Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal, Arbitrary and Summary Executions)* İlke 16.

⁶⁶² *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)* Madde 24 (6); ve Zorla Kaybetmeler Çalışma Grubu (WGEID), "Zorla kaybetme bağlamında kanun önünde kişi olarak tanınma hakkına dair genel yorum" ("General Comment on the right to recognition as a person before the law in the context of enforced disappearances"), A/HRC/19/58/Rev.1, 2 Mart 2012, para. 42.

⁶⁶³ Zorla Kaybetmeler Çalışma Grubu (WGEID), "Zorla kaybetme bağlamında kanun önünde kişi olarak tanınma hakkına dair genel yorum" ("General Comment on the right to recognition as a person before the law in the context of enforced disappearances"), Doc. Cit.

V. BÖLÜM: ZORLA KAYBETME VE HUKUK DIŞI İNFAZ SUÇLARININ YARGI YOLUYLA DURDURULMASI

“Cezasızlık’ ihlallerin faillerinden hesap sorulmasının hukuken veya fiilen imkansızlığı anlamına gelir. [...] Bu durum, faillerin suçlanmaları, tutuklanmaları, yargılanmaları ve suçun sabit görülmesi durumunda uygun şekilde cezalandırılmalarına yol açabilecek herhangi bir soruşturmaya tabi olmamalarından doğar [...]”

*Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler*⁶⁶⁴

1. Yargılama ve Cezalandırma Yükümlülüğünün Temeli, Mahiyeti ve Kapsamı

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz suçlarını işleyenlerin yargılanması ve cezalandırılması devletlerin uluslararası bir yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük yaygın bir biçimde ve defalarca uluslararası insan hakları içtihatlarıyla da tasdik olunmuştur. Bu yükümlülüğe kısmen veya tamamen uymamak cezasızlığı doğurur. Bu bağlamda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi cezasızlığı “Amerika Sözleşmesi’yle koruma altına alınmış hakların ihlalden sorumlu olanların soruşturulması, takibi, yakalanması, yargılanması ve haklarında hüküm verilmesi sürecinin uygulanmayışı”⁶⁶⁵ olarak tanımlamıştır.

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infazların faillerinin yargılanması ve cezalandırılması yükümlülüğünün yasal temelleri hem

⁶⁶⁴ Tanım A “Cezasızlık” (“Impunity”).

⁶⁶⁵ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 178. Benzer olarak, bakınız: 8 Mart 1998 tarihli karar, “Beyaz Kamyonet” (“White Van”) (*Paniagua Morales ve diğerleri*)/*Guatemala Davası*, Seri C No. 37, para. 173; ve 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve diğerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154, para. 111.

sözleşmelerin özellikle bu yükümlülüğü ifade eden maddelerinde, hem de devletlerin insan haklarını koruma görevine dair genel yükümlülüklerini kapsayan maddelerinde, bunların yanısıra da uluslararası hukukun genel ilkeleri ve bu tür suçların *jus cogens* kuralının mutlak ihlali anlamına gelmesinde bulunmaktadır.

Zorla kaybetme suçunu işleyenleri adaletin karşısına çıkarma yükümlülüğü *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme*⁶⁶⁶ ve *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*'de⁶⁶⁷ açıkça belirtilmiştir. Bu yükümlülüğün *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge*'de⁶⁶⁸ de desteklendiğini ifade etmek gerekir.

Devletin hukuk dışı infazlardan sorumlu kişileri adalet önüne getirme ve cezalandırma yükümlülüğüne özellikle ve açıkça değinen bir sözleşme yoktur. Ancak *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler*⁶⁶⁹ ve *Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler*⁶⁷⁰ gibi uluslararası belgeler bu yükümlülüğü tasdik etmektedir.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nde zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz suçlarından sorumlu olanların yargılanması ve cezalandırılması yükümlülüğüne dair açık hükümler bulunmaz. Ancak uluslararası hukuk sistemi, bu yükümlülüğün bu sözleşmelerin özünde olduğu, bunun da hem bu sözleşmelerde hem de hukukun genel ilkeleri arasında sıralanan insan haklarını garanti altına alma yükümlülüğünden kaynaklandığı sonucuna varmıştır.

"Tarağ Devlet [Peru] 1980 ve 2000 seneleri arasında silahlı çatışma sırasında işlenen cinsel şiddet dahil ciddi insan hakkı ihlallerinin cezasız kalmamasını sağlamak için çabasını ikiye katlamalıdır. Tarağ Devlet, adli soruşturma, fethi kabir, kalıntıların teşhis edilmesi ve mağdurların yakınlarına iade edilmesi işlemlerinin hızlandırılması için gerekli tüm tedbirleri almalıdır."

⁶⁶⁶ Madde I ve IV.

⁶⁶⁷ Madde 3, 4, 5, 6 ve 7.

⁶⁶⁸ Madde 4.

⁶⁶⁹ İlke 1, 18 ve 19.

⁶⁷⁰ İlke 7, 23 ve 26.

İnsan Hakları Komitesi, bu yükümlülüğün yasal temelinin *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*'nin⁶⁷² 2. maddesi olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, Komite " [...] taraf devletın insan hakkı ihlali iddialarını, özellikle de insanların zorla kaybedilmesi veya yaşam haklarının ihlali söz konusu olduğunda, detaylı bir şekilde soruşturma ve bu tür ihlallerden sorumlu olan kişileri yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü olduğunu" belirtmiştir. Komite'ye göre "bu yükümlülük bu ihlallerin sorumlularının teşhis edildiği vakalarda evleviyetle (*a fortiori*) uygulanır."⁶⁷³ Ülkelere dair Sonuç Gözlemleri'nde de Komite, devletın zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz ve diğer ciddi insan hakkı ihlallerinden sorumlu olanların yargılanması ve cezalandırılması yükümlülüğünü tekrar ifade etmiştir.⁶⁷⁴ 1996 senesinde Peru'ya ilişkin Sonuç Gözlemleri'nde Komite Perulu yetkilileri ısrarla "kısa yoldan infazlara ve kaybedilen kişilere dair iddiaları araştırmak için etkili yollara başvurmaya [...], failleri adalet önüne çıkarıp cezalandırmaya ve mağdurların

⁶⁷¹ Peru'nun beşinci periyodik raporuna dair sonuç gözlemleri (*Concluding observations on the fifth periodic report of Peru*, CCPR/C/PER/CO/5 29 Nisan 2013, para. 11.

⁶⁷² Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, *Genel Yorum No. 31 (General Comment No. 31) (...)* Doc, Cit.; 27 Ekim 1995 tarihli görüşler, 563/1993 sayılı Bildirim, *Nydia Erika Bautista/Kolombiya*; 29 Temmuz 1997 tarihli görüşler, 612/1995 sayılı Bildirim, *José Vicente ve Amado Villafañe Chaparro ve diğerleri/Kolombiya*.

⁶⁷³ 27 Ekim 1995 tarihli görüşler, 563/1993 sayılı Bildirim, *Nydia Erika Bautista/dKolombiya*, para. 8.6.

⁶⁷⁴ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, *İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Peru (Concluding Observations of the Human Rights Committee: Peru)*, CCPR/CO/70/PER, 15 Kasım 2000, para. 9; *Uruguay*, CCPR/C/79/Add.19, 5 Mayıs 1993, para. 7; *Şili*, CCPR/C/79/Add.104, 30 Mart 1999, para. 7; *Lübnan*, CCPR/C/79/Add.78, 1 Nisan 1997, para. 12; *El Salvador*, CCPR/C/79/Add.34, 18 Nisan 1994, para. 7; *Haiti*, A/50/40, 3 Ekim 1995, para. 230; *Fransa*, CCPR/C/79/Add.80, 4 Ağustos 1997, para. 13; *Arjantin*, CCPR/C/79/Add.46, 5 Nisan 1995, para. 146 ve CCPR/CO/70/ARG, 3 Kasım 2000, para. 9; *Hırvatistan*, CCPR/CO/71/HRV, 4 Nisan 2001, para. 11; *Guatemala*, CCPR/CO/72/GTM, 27 Ağustos 2001, para. 12; *Brezilya*, CCPR/C/BRA/CO/2, 1 Aralık 2005, para. 12; *Honduras*, CCPR/C/HND/CO/1, 13 Aralık 2006, para. 5; *Paraguay*, CCPR/C/PRY/CO/2, 24 Nisan 2006, para. 12 ve CCPR/C/PRY/CO/3, 29 Nisan 2013, para. 9: ve *Surinam*, CCPR/CO/80/SUR, 4 Mayıs 2004, para. 7.

zararlarını tazmin etmeye"⁶⁷⁵ çağırıştır. Zorla kaybetme, hukuk dışı infaz veya başka ciddi insan hakkı ihlallerinin faillerine ilişkin adaletin yerini bulmasını sağlayamamak *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* uyarınca taraf devletlere ait olan bir yükümlülüğün ihlali anlamına gelir.⁶⁷⁶

Amerikalılar Arası hukuk sistemine göre, zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz suçlarının faillerinin yargılanması ve cezalandırılması görevinin yasal temeli *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin 1. maddesinde ifade edilen 'hakları koruma yükümlülüğü'nde bulunur.⁶⁷⁷

"Adalete erişim uluslararası hukukun emredici kurallarından biridir ve böyle olması dolayısıyla devletleri bu tür ihlallerin cezasız kalmasını engellemek için gerekli her türlü tedbiri – bu olaylardan sorumlu kişileri yargılamak ve eninde sonunda cezalandırmak için iç hukuklarını ve uluslararası hukuku uygulamaya dair yargısal yetkilerini kullanarak veya bu amaçla başka devletlerle işbirliği yaparak – alma konusunda herkese karşı (*erga omnes*) yükümlü kılar."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁶⁷⁸

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Amerika Sözleşmesi*'ndeki yükümlülöklere dayanarak, "insan hakları ihlallerini engellemek için makul adımları atmak ve kendi yetki alanında gerçekleşen ihlalleri ciddi biçimde soruşturmak, sorumluları tespit etmek, gerekli cezayı vermek ve mağdurun zararının uygun biçimde

⁶⁷⁵ İnsan Hakları Komitesi Ön Gözlemleri: Peru (*Preliminary Observations of the Committee of Human Rights: Peru*), CCPR/C/79/Add.67, 25 Temmuz 1996, para. 22.

⁶⁷⁶ İnsan Hakları Komitesi, *Genel Yorum No. 31 (General Comment 31) (...)*, Doc. Cit., para. 18.

⁶⁷⁷ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 21 Temmuz 1989 tarihli karar, *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Seri C No. 7; 21 Temmuz 1989 tarihli karar, *Godínez Cruz/Honduras Davası*, Seri C No. 8; 8 Aralık 1995 tarihli karar, *Caballero Delgado ve Santana/Kolombiya Davası*, Seri C No. 22; 14 Eylül 1996 tarihli karar, *El Amparo/Venezuela Davası*, Seri C No. 28; 3 Kasım 1997 tarihli karar, *Castillo Páez/Peru Davası*, Seri C No. 34; 12 Kasım 1997 tarihli karar, *Suárez Rosero/Ekvdador Davası*, Seri C No. 35; ve 24 Ocak 1998 tarihli karar, *Nicholas Blake/Guatemala Davası*, Seri C No. 36.

⁶⁷⁸ 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162, para. 160. 679 29 Temmuz 1988 tarihli karar, *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Seri C No. 4, para. 174.

tazmin ve telafisini sağlamak için elindeki tüm yöntemlere başvurmak devletin yasal görevidir.”⁶⁷⁹ Mahkeme, Sözleşme'nin Taraf Devletlerin zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz suçları⁶⁸⁰ ile insanlığa karşı işlenmiş suçlar⁶⁸¹ ve savaş suçlarından⁶⁸² sorumlu olanları yargılama ve cezalandırmaya dair uluslararası bir yükümlülüğü olduğunu da yinelemektedir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin 1 (1). Maddesinde yer verilen yükümlülük uyarınca, “hukuk dışı infaz veya kişilerin zorla kaybedildiği iddiası olduğu durumda devletin görevinin gerçekleri aydınlatma ve sorumluları tespit edip cezalandırma olduğunu”⁶⁸³ belirtmiştir. Benzer bir biçimde Komisyon zorla kaybetme, hukuk dışı infaz veya başka ciddi insan hakkı ihlallerini yargılama ve cezalandırma yükümlülüğünün devredilemeyeceğini veya kaldırılamayacağını ifade etmiştir.⁶⁸⁴

⁶⁷⁹ 29 Temmuz 1988 tarihli karar, *Velásquez Rodríguez/Honduras Davası*, Seri C No. 4, para. 174.

⁶⁸⁰ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 3 Kasım 1997 tarihli karar, *Castillo Páez/Peru*, Seri C No. 34; 16 Ağustos 2000 tarihli karar, *Durand ve Ugarte/Peru Davası*, Seri C No. 68; 8 Temmuz 2004 tarihli karar, *Gómez Paquiyauri Kardeşler/Peru Davası*, Seri C No. 110; 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136; 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Baldeón García/Peru Davası*, Seri C No. 147; 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162; 10 Temmuz 2007 tarihli karar, *Cantoral Huamaní ve Consuelo Trinidad García Santa Cruz/Peru Davası*, Seri C No. 167; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202; ve 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274.

⁶⁸¹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162; 25 Kasım 2006 tarihli karar, *Miguel Castro-Castro Prison/Peru Davası*, Seri C No. 160, para. 402; 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú vd./Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 128; ve 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve diğerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154.

⁶⁸² Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 25 Ekim 12, *El Mozote ve çevresindeki katliamlar/El Salvador Davası*, Seri C No. 252 ve 20 Kasım 12, *Santo Domingo/Kolombiya Davası*, Seri C No. 259.

⁶⁸³ Rapor No. 101/01, Dosya No. 10.247 vd., Hukuk dışı infazlar ve zorla kaybedilenler (Extrajudicial executions and forced disappearances) (Peru), 11 Ekim 2001, para. 247.

⁶⁸⁴ Peru'da İnsan Haklarının Durumuna Dair İkinci Rapor (Second Report on the Situation of Human Rights in Peru), OAS/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 Haziran 2000, para. 230.

"Hukuk dışı infaz durumunda devlet, cinayetin nasıl işlendiğini soruŐturmali, sorumlu kişi veya kurumları tespit etmeli, suÇlu olanları cezalandırmali ve mağdurun ailesinin zararlarını tazmin etmelidir."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu⁶⁸⁵

Ciddi insan hakkı ihlallerinden sorumlu olanları yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü yalnızca uluslararası sözleşmelerdeki yükümlülüklerden kaynaklanmaz. Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz faillerini yargılama ve cezalandırma yükümlülüğünün bir temeli de uluslararası teamül hukukunda bulunmaktadır. Bu yükümlülük Birleşmiş Milletler Genel Kurulu⁶⁸⁶ tarafından da uluslararası hukuk sistemi içerisinde de yinelerek ifade edilmiştir. Örneğin İnsan Hakları Komitesi⁶⁸⁷ ve WGEID⁶⁸⁸ zorla kaybetmenin uluslararası hukuk uyarınca suç teşkil ettiğini ve bunun da devleti bu suÇu işlemiş olanları yargılama ve cezalandırma konusunda yükümlü kıldığını tekrarlamaktadır. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de kendi payına düşeni yaparak zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz yasağı ve bu yasağa bağlı olarak bu suÇları işleyenleri soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğünün *jus cogens* kuralı niteliğinde olduğunu defalarca ifade etmiştir.⁶⁸⁹

⁶⁸⁵ Rapor No. 43/97, Dosya No. 10.562, *Héctor Pérez Salazar (Peru)*, 19 Şubat 1998, para. 39.

⁶⁸⁶ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, 49/193 sayılı 23 Aralık 1994 tarihli (zorla kaybetme) (enforced disappearance) Kararı; 51/94 sayılı 12 Aralık 1996 tarihli (zorla kaybetme) (enforced disappearance) Kararı; 53/150 sayılı 9 Aralık 1998 tarihli (zorla kaybetme) (enforced disappearance) Kararı; 55/111 sayılı 4 Aralık 2001 tarihli (hukuk dışı infaz) (extrajudicial execution) Kararı ve 67/168 sayılı 20 Aralık 2012 tarihli (hukuk dışı infazlar) (extrajudicial executions) Kararı.

⁶⁸⁷ Genel Yorum No. 31 (General Comment No. 31), Doc. Cit.; 13 Kasım 1995 tarihli görüşler, Nydia Erika Bautista/Kolombiya, Doc. Cit.; 29 Temmuz 1997 tarihli görüşler, José Vicente ve Amado Villafañe Chaparro ve diğerleri/Kolombiya, Doc. Cit.; 2 Kasım 2005 tarihli görüşler, Norma Yurich/Şili, 1078/2002 sayılı Bildirim; 16 Temmuz 2003 tarihli görüşler, 950/2000 sayılı Bildirim, Jegatheeswara Sarma/Sri Lanka; 30 Mart 2006 tarihli görüşler, 992/2001 sayılı Bildirim, Louisa Bousroual/Cezayir ve 30 Mart 2006 tarihli görüşler, 1196/2003 sayılı Bildirim, Boucherf/Cezayir.

⁶⁸⁸ BM Belgeleri E/CN.4/1999/62, 28 Aralık 1998, para. 333; E/CN.4/2000/64, 21. Aralık 1999, para. 137; ve E/CN.4/2002/79, 18 Ocak 2002, Özet.

⁶⁸⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú vd./Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 84; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru*

“Uluslararası hukuk gereğince ‘ciddi suçlar’ ibaresi, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli Ek Protokol İ’in ciddi biçimde ihlal edildiğİ durumları ve uluslararası insancıl hukukun uluslararası hukuk kapsamında suç kabul edilen başka ihlallerini, soykırımı, insanlığa karşı suçları ve bunların yanı sıra işkence, zorla kaybetme, hukuk dışı infaz ve kölelik gibi uluslararası hukuk kapsamında suç kabul edilen ve/veya uluslararası hukuk uyarınca devletlerin cezalandırması gereken uluslararası koruma altındaki insan haklarının ihlallerini kapsar.”

*Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler*⁶⁹⁰

Bu bağlamda, Mahkeme hukuk dışı infaz durumunda “Devletin bu tür suçları cezasız bırakmama yükümlülüğü olduğunu” ifade ederek “bu eylemleri önlemek ve cezasız kalmalarını engellemek adına, böylesi davranışların etkili bir biçimde yargılanması ve faillerin cezalandırılması için devletin tüm ulusal ve uluslararası yöntem, araç ve mekanizmaları kullanması gerektiğİni”⁶⁹¹ söylemiştir.

2. Suç Olarak Tanımlama Yükümlülüğü

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz suçlarının faillerini yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü, aynı zamanda bu eylemleri ulusal ceza hukukunda ceza gerektiren ihlal olarak tanımlayıp bunlara suç muamelesi yapmayı da içermektedir. Uluslararası hukuk kapsamında tanımlanan suçların iç hukukta da suç olarak

Davası, Seri C No. 202, para. 59; 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C No. 162, para. 115; 8 Temmuz 2004 tarihli karar, *Hermanos Gómez Paquiyaui/Peru Davası*, Seri C No. 110, para. 76; 23 Kasım 2009 tarihli karar, *Radilla Pacheco/Meksika Davası*, Seri C No. 209, para. 139; 24 Kasım 2010 tarihli karar, *Gomes Lund ve diğİerleri (“Guerrilha do Araguaia”)/Brezilya Davası*, Seri C No. 219, para. 137; 25 Mayıs 2010 tarihli karar, *Chitay Nech ve diğİerleri/Guatemala Davası*, para. 193; 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve diğİerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154, para. 99; 1 Eylül 2010 tarihli karar, *Ibsen Cárdenas ve Ibsen Peña/Bolivya Davası*, Seri C No. 217, para. 197; 24 Kasım 2009 tarihli karar, *Las Dos Erres Katliamı/Guatemala Davası*, Seri C No. 211, para. 140; 12 Ağustos 2008 tarihli karar, *Heliodoro Portugal/Panama Davası*, Seri C No. 186, para. 118; ve 24 Şubat 2011 tarihli karar, *Gelman/Uruguay Davası*, Seri C No. 221, para. 75.

⁶⁹⁰ Tanım B “Uluslararası hukuk gereğince ciddi suçlar” (“Serious crimes under international law”).

⁶⁹¹ 25 Kasım 2006 tarihli karar, *Miguel Castro-Castro Prison/Peru Davası*. Seri C No. 160, para. 404.

değerlendirilmesi yargılama ve cezalandırma yükümlülüğünün etkili bir biçimde uygulanması için olmazsa olmaz bir şarttır. IACFDP⁶⁹², ICPED⁶⁹³ ve DED⁶⁹⁴ zorla kaybetme bağlamında bu yükümlülüğü açıkça ifade ederken *İnfazlara dair İlkeler* de bunu hukuk dışı infaz konusunda yapmaktadır.⁶⁹⁵

Ciddi insan hakkı ihlallerini iç hukukta suç olarak tanımlama zorunluluğu yalnızca sözleşmelerdeki yükümlülüklerden kaynaklanmaz. Bu yükümlülüğün bir başka kaynağı da devletlerin hakları garanti altına alma ve ciddi insan hakkı ihlallerini yargılama ve cezalandırma görevinin kendisidir.

“Devletlerin iç hukuklarını Amerika Sözleşmesi ile uyumlu kılmaya dair genel yükümlülükleri [...] Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme’yi imzalamaları durumunda da geçerlidir çünkü, teamül hukuku uyarınca, uluslararası bir sözleşmeye taraf olan bir devletin bunun getirdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak için iç hukukunda değişiklik yapması gerekmektedir. [...] Bunun anlamı ise şudur: Devletler zorla kaybetmeyi kendi başına suç teşkil eden bir fiil olarak nitelemeli ve bunu meydana getiren hukuka aykırı davranış ve eylemleri tanımlamalıdır.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁶⁹⁶

Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi devletin takdirine bırakılmaz. Ciddi insan hakkı ihlallerini ve uluslararası hukuk kapsamında suç teşkil eden başka fiilleri yerel ceza hukukunda da suç olarak değerlendirirken devletlerin titizlikle ele alması gereken iki nokta bulunmaktadır: Suçun kanuniliği ilkesi ve hukuka aykırı davranışın uluslararası hukuk kapsamındaki tanımları.

Suçun kanuniliği ilkesi (*nullum crimen sine lege*) evrensel olarak ceza hukukunun⁶⁹⁷ ve insan hakları sözleşmelerinin⁶⁹⁸ temel

⁶⁹² Madde III.

⁶⁹³ Madde 7 ve 25.

⁶⁹⁴ Madde 4.

⁶⁹⁵ İlke 1.

⁶⁹⁶ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, paras. 204 –205.

⁶⁹⁷ *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* (Md. 9); *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* (Md. 7); ve *Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi* (Md. 7).

prensiplerinden biri sayılmaktadır. Buna göre suçların yasal tanımları açıkça ve net bir biçimde yapılmalı, muğlaklığa hiç alan bırakılmamalıdır.⁶⁹⁹ Hakim ve avukatların Bağımsızlığına dair Özel Raportör'ün belirtmiş olduğu üzere, muğlak ve netlikten uzak suç tanımları hem uluslararası insan hakları hukukuna hem de "uluslararası hukuk kapsamındaki genel şartlara"⁷⁰⁰ aykırıdır.

Devletler, ciddi insan hakkı ihlallerini ve uluslararası hukuk nezdinde suç teşkil eden fiilleri kendi iç hukuklarında suç olarak tanımlarken uluslararası hukuktaki suç tanımlarına uymalıdır. Her bir devlet suçları isterse daha geniş kapsamlı biçimde tanımlayarak mağdurlara daha yüksek bir koruma düzeyi sağlayabilir. Ancak her halükarda suç tanımı uluslararası hukukta bulunan tanımı belirleyen asgari unsurları barındırmalıdır. Dolayısıyla, ciddi bir insan hakkı ihlalinin ulusal mevzuattaki suç tanımında en azından uluslararası hukuk uyarınca yasaklı olan tüm fiil ve saikler suç olarak değerlendirilmelidir.⁷⁰¹

Ayrıca bkz.: III Cenevre Sözleşmesi (Md. 99), IV Cenevre Sözleşmesi (Md. 67) ve Protokol II (Md. 6,2.c).

⁶⁹⁸ *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* (Md. 9); *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* (Md. 7); ve *Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi* (Md. 7). Aynı şekilde bkz.: III Cenevre Sözleşmesi (Md. 99), IV Cenevre Sözleşmesi (Md. 67) ve Protokol II (Md. 6,2.c).

⁶⁹⁹ Örneğin, bakınız, *İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Cezayir (Concluding Observations of the Human Rights Committee: Algeria)*, CCPR/C/79/Add.95, 18 Ağustos 1998, para. 11; *Portekiz (Macao)*, CCPR/C/79/Add.115, 4 Kasım 1999, para. 12; ve *Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti*, CCPR/CO/72/PRK, 27 Ağustos 2001, para. 14. Ayrıca bkz., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (European Court of Human Rights), 25 Mayıs 1993 tarihli karar, *Kokkinakis/Yunanistan*, Başvuru No. 14307/88), para. 52.

⁷⁰⁰ *Hakim ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportör'ün Raporu (Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers)*, E/CN.4/1998/39/Add.1, para. 129.

⁷⁰¹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, İşkenceye karşı Komite (Committee against Torture): *Genel Yorum No. 2: Taraf Devletlerce Madde 2'nin uygulanması (General Comment No. 2: Implementation of article 2 by States Parties)*, CAT/C/GC/2 24 Ocak 2008, paras. 8-10; ve *Sonuç Gözlemleri: Peru (Concluding Observations on Peru)*, CAT/C/PER/CO/5-6, 21 Ocak 2013, para. 7; *Senegal*, CAT/C/SEN/CO/3, 17 Ocak 2013, para. 8; *Guatemala*, CAT/C/GTM/CO/5-6, 24 Haziran 2013, para. 8; *Şili*,

Bu bağlamda, Amerikalılar Arası Mahkeme Őu açıklamayı yapmıŐtır: "Uluslararası hukuk, cezai kovuŐturmanın gelecekte yeni insan hakkı ihlallerinin meydana gelmesini engellemek için temel bir yöntem olduğu anlayıŐına dayanarak bu tūr davranıŐların doğru tanımlanması için asgari bir standart ve bu tanımların iğermesi gereken asgari unsurları belirlemektedir. BaŐka bir deyiŐle, devletler, korunan hakların daha fazla veya daha iyi bir Őekilde teminat altına alınmasını sağlayacağı gōrüşünde olduklarında cezai kovuŐturmayı geniŐletmek adına belli bir suç tipine iliŐkin daha sıkı standartlar belirleyebilir. Ancak bunu yaparken söz konusu standartların korumakla yükümlü oldukları baŐka normları ihlal etmemesi Őarttır. Ayrıca, eđer uluslararası düzeyde belirlenmiŐ kovuŐturma kurallarından kaldırılamaz ve sınırlanamaz olan unsurlar çıkarılırsa ya da anlamı veya etkililiği azaltan mekanizmalar devreye sokulursa, bunlar devletlerin uluslararası hukuk uyarınca engelleme, ortadan kaldırma ve cezalandırma yükümlülüğü olduğu davranıŐ ve fiillerin cezasız kalmasına sebep olabilir."⁷⁰² Yine aynı Őekilde Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin de "[IACFDP'nin] 2. Maddesi, Taraf Devletlerce ulusal mevzuatlarında – daha geniŐ kapsamlı tanım yapma haklarını kısıtlamaksızın – garanti edilmesi gereken asgari düzeyi belirler"⁷⁰³ ifadesi kayda değerdir. Mahkeme, soykırım suçunu tanımlarken potansiyel mağdurlar arasında siyasi grupları da iğeran Kolombiya mevzuatındaki tanıma iliŐkin de benzer bir karar vermiŐtir: "Uluslararası sōzleŐmelerde bulunan karar korunması gereken asgari bir standart belirler, ancak devletleri ulusal mevzuatlarında daha yüksek bir koruma düzeyi sağlamaktan alıkoyan hiçbir unsur bulunmamaktadır."⁷⁰⁴

Hukuk diŐi infaz suçu bütün ũlkelerde cinayet suçu üzerinden tanımlanmaktadır. Örneğin, 1996 senesinde BM Uluslararası Hukuk Komisyonu, "cinayetin her devletin ulusal mevzuatında açıkça

CAT/C/CHL/CO/5, 23 Haziran 2009, para. 10; *Rusya Federasyonu*, CAT/C/RUS/CO/5, 11 Aralık 2012, para. 7; ve *Kolombiya*, CAT/C/COL/CO/4, 4 Mayıs 2010, para. 10.

⁷⁰² 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú vd./Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 92.

⁷⁰³ 3 Temmuz 2002 tarihli Karar C-580/02.

⁷⁰⁴ 14 Şubat 2001 tarihli Karar C-177/01, dosya D-3120.

anlaşılır ve net olarak tanımlı bir suç olduğunu"⁷⁰⁵ ifade etmiştir. Guatemala⁷⁰⁶ ve Uruguay⁷⁰⁷ gibi birkaç ülke de ceza hukuklarında hukuk dışı infaza cinayetten ayrı ve müstakil bir suç olarak yer vermiştir. Ancak, hukuk dışı infaz suçunun örtbas edilmesi meselesi genellikle bu eylemin ceza hukukundaki tanımına dair eksikliklerle değil, cezai sorumluluktan muafiyeti mümkün kılan cezasızlık mekanizmalarıyla ilintilidir.

"Komite, mevzuatta varolan birtakım suçlara referans vermenin bu yükümlülüğü karşılama da yetersiz kaldığı; çünkü zorla kaybetmenin bir dizi farklı suçlar toplamı değil, tam tersine devlet görevlileri veya devletin izni, desteği veya göz yummasıyla hareket eden kişi veya gruplar tarafından muhtelif kriminal yöntemlere başvurarak ve çeşitli hakları ihlal ederek işlenen karmaşık ama tek bir suç olduğu kanaatindedir."

Zorla Kaybetmeler Komitesi⁷⁰⁸

Ulusal ceza hukukunda zorla kaybetmenin nasıl tanımlanacağı hususunda, Zorla Kaybetmeler Komitesi, WGIED ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi bu yükümlülüğün içeriği ve kapsamını, zorla kaybetme suçunun tanımı ve bunu oluşturan unsurların belirlenmesi konusunda ortaklaşan ICPED, DED ve IACFDP'ye dayanarak açıklamıştır (bkz. I. Bölüm: "Zorla Kaybetme").

Zorla Kaybetmeler Komitesi, zorla kaybetme suçunun ulusal ceza hukukunda müstakil bir suç olarak düzenlenmesi gerektiğini defalarca tekrarlamıştır.⁷⁰⁹ Komite, zorla kaybetme tanımına

⁷⁰⁵ 48. oturumunun faaliyetlerine dair Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu (*Report of the International Law Commission on the work of its 48th session*) – 6 Mayıs-26 Temmuz 1996, A/51/10, (Madde 18'e ilişkin Yorum, Para 7) s. 48.

⁷⁰⁶ Ceza Kanunu Madde 132-Bis "Hukuk dışı infaz" ("Extrajudicial execution"), Kararname No. 48-1995, Madde 1 aracılığıyla uygulamaya konmuştur, 14 Temmuz 1995.

⁷⁰⁷ "Siyasi Cinayet" ("Political Homicide") kategorisinde, Madde 20, Kanun No. 18.026, 2006.

⁷⁰⁸ Zorla Kaybetmeler Komitesi (Committee on Disappearances): Madde 29 uyarınca Almanya tarafından sunulan Rapora dair Sonuç Gözlemleri (*Concluding Observations on the Report submitted by Germany under Article 29*), Sözleşme, Para. 1, CED/C/DEU/CO/1, 10 Nisan 2014, para. 7.

⁷⁰⁹ Sonuç Gözlemleri: İspanya (*Concluding Observations on: Spain*), CED/C/ESP/CO/1, 12 Aralık 2013, paras. 9 ve 10; Fransa, CED/C/FRA/CO/1, 8 Mayıs

tekabül eden cezai eylemlerin iç hukukta suç olarak değerlendirilme biçimini yetersiz bularak "mevzuatta varolan birtakım suçlara referans vermenin bu yükümlülüğü karşılamakta yetersiz kaldığını"⁷¹⁰ ifade etmiştir. Komite "zorla kaybetmenin [ICPED'in] 2. Maddesindeki tanımla uyumlu şekilde, başka suçlardan ayırt edilmiş başlı başına bir suç olarak tanımlanması" gerektiğini, çünkü "bunun zorla kaybetme suçunun zarar verdiği çok çeşitli yasal hakkın gerektiği biçimde içerilmesine imkan sağladığını" birçok defa belirtmiştir.⁷¹¹

Bu bağlamda, Komite zorla kaybetme suçunun en azından ICPED'in 2. Maddesindeki tanımda bahsedilen unsurların tamamını içermesi gerektiğini ifade etmiştir. Örneğin, Hollanda tarafından benimsenen zorla kaybetme tanımı hususunda Komite şu yorumu yapmıştır: "Tanım olası bir unsur olarak 'kaybedilmiş kişinin yeri ve akıbetinin gizlenmesi'ni içermemektedir ve suçun 'devlet görevlileri veya devletin izni, desteği veya göz yummasıyla hareket eden kişi veya gruplar tarafından' işlenmiş olması gerektiğini aktarmak yerine 'bir devletin veya siyasi grubun izni, desteği veya göz yummasıyla' işlenmesi gerektiğinden bahseder."⁷¹² Buna bağlı olarak, Komite, Hollanda ceza kanunundaki suç tanımının "Sözleşme'nin 2. Maddesiyle tamamen uyumlu" hale gelmek adına değiştirilmesini tavsiye etmiştir.⁷¹³

Komite aynı zamanda zorla kaybetme suçunu tanımlarken devletlerin ICPED'in 2. Maddesindeki tanımda bulunmayan "muğlak ifadelerden kaçınmaları" gerektiğini, bu tür ifadelerin sonucunun – yani kaybedilmiş kişilerin "yasal korumadan mahrum bırakılması"nın – kasta (özel kasit) ilişkin ek unsur oluşturduğunu

2013, paras. 13-14; *Almanya*, CED/C/DEU/CO/1, 10 Nisan 2014, para. 7-9; ve *Belçika*, CED/C/BEL/CO/1, 24.

Eylül 2014, paras. 11-12.

⁷¹⁰ *Sonuç Gözlemleri: İspanya*, CED/C/ESP/CO/1, 12 Aralık 2013, para. 9. Benzer olarak, *Sonuç Gözlemleri: Belçika*, CED/C/BEL/CO/1, 24 Eylül 2014, para. 11; ve *Almanya*, CED/C/DEU/CO/1, 10 Nisan 2014, Para. 7.

⁷¹¹ A.g.e.

⁷¹² *Hollanda tarafından Sözleşme'nin Madde 29, Para.1 uyarınca sunulan Raporuna dair Sonuç Gözlemleri (Concluding Observations on the Report submitted by the Netherlands under Article 29, Para. 1, of the Convention)*, CED/C/NLD/CO/1, 10 Nisan 2014, para. 14.

⁷¹³ A.g.e., Para. 15.

belirtmiştir.⁷¹⁴ Zorla kaybetmeyi suç olarak tanımlamak adına devletin "Ceza Kanunu'nun 236. Maddesinin 1. Fıkrasındaki 'yasal korumadan mahrum bırakma' ifadesini, eylemin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu olan bir kasıtlı unsur olarak değil, zorla kaybetme suçunun bir sonucu olarak değerlendirilmesini"⁷¹⁵ sağlaması gerekmektedir.

Suçun müstakil mahiyetini vurgulamanın yanı sıra, Komite devletlerin zorla kaybetmeyi suç olarak değerlendirmek ve suç kılmak için aşağıdaki noktaları dikkate almaları gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre devletler:

- ICPED'in 7. Maddesinde belirtildiği üzere, hafifleştirici ve ağırlaştırıcı nedenleri açıkça belirlemeli;
- Zamanaşımını belirleyen hükümleri ICPED'le uyumlu hale getirmeli;
- Cezanın suçun ağırlığına uygun ve bununla orantılı olmasını sağlamalı;
- Zorla kaybetme suçuna teşebbüsleri cezalandırmalıdır.

WGEID, devletlerin DED'nin 4. Maddesi uyarınca zorla kaybetme suçunu ayrı ve müstakil bir suç olarak değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷¹⁶ WGIED, zorla kaybetmeyi müstakil bir suç olarak değerlendirmenin ve tanımlamanın kritik önemine dair şu ifadelere

⁷¹⁴ *Fransa tarafından Sözleşme'nin Madde 29, Para.1'i uyarınca sunulan Raporuna dair Sonuç Gözlemleri (Concluding Observations on the Report submitted by France under article 29, Para. 1, of the Convention)*, CED/C/FRA/CO/1, 8 Mayıs 2013, para. 13.

⁷¹⁵ *Paraguay tarafından Sözleşme'nin Madde 29, Para.1'i uyarınca sunulan Raporuna dair Sonuç Gözlemleri (Concluding Observations on the report submitted by Paraguay under article 29, para. 1, of the Convention)*, CED/C/PRY/CO/1, 24 Eylül 2014, para. 14.

⁷¹⁶ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu – Ek: Ulusal ceza mevzuatlarında zorla kaybetme konusunda en iyi uygulamalar (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances – Addendum: Best practices on enforced disappearances in domestic criminal legislation)*, A/HRC/16/48/Add.3, 28 Aralık 2010, para 9. Benzer olarak, bakınız, Zorla Kaybetmeler Çalışma Grubu Raporu (Report of the WGEID): E/CN.4/1996/38, para. 54; ve A/HRC/7/2, para. 26 ("Zorla kaybetmenin tanımı üzerine Genel Yorum" ("General Comment on the definition of enforced disappearance") Para. 3).

yer vermiştir: “[a] birtakım devletler zorla kaybetme suçuna ulusal mevzuatlarında henüz yer vermemiş olduklarını itiraf etmekte, ancak yasalarının insan kaçırma, zorla alıkoyma, hukuksuz gözaltı, kişiyi yasa dışı biçimde hürriyetinden yoksun kılma, insan kaçakçılığı, yasa dışı tahdit ve kısıtlama, gücü ve yetkiyi suiistimal etme gibi zorla kaybetmeyle bağlantılı veya yakın ilişkili olan çeşitli suçlara karşı koruma sağladığını iddia etmektedirler. Fakat böylesi bir parçalı suçlar toplamı zorla kaybetmenin karmaşıklığını ve bilhassa ciddi mahiyetini yansıtmaktan acizdir. Bahsi geçen suçlar zorla kaybetmenin belli bir çeşidinin bir parçasını oluşturuyor olsa bile bunların hiçbiri zorla kaybetmeyi bütünüyle, yani tüm unsurlarıyla kapsamada yeterli değildir ve çoğunlukla öngördükleri yaptırımlar suçun hususi ağırlığını dikkate almamakta, dolayısıyla da kapsamlı koruma sağlamayı başaramamaktadırlar.”⁷¹⁷

“Müstakil suç olarak tanımlanmamış olması devletleri zorla kaybetme eylemlerini soruşturma ve cezalandırma zorunluluğundan muaf kılmaz, ancak ulusal mevzuatta zorla kaybetmeyi ayrı bir suç olarak tanımlama yükümlülüğü cezasızlığın üstesinden gelmek için etkili bir mekanizma sağlar.”

Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler hakkında Çalışma Grubu⁷¹⁸

WGIED, “Devletlerin Bildirge’de yer alan suç tanımını aynen kullanmak zorunda olmadığını” belirtmiş, ancak “zorla kaybetme eyleminin kişiyi zorla hürriyetinden yoksun kılmak, kaçırmak, alıkoymak, kimseyle görüşürmeden gözaltında tutmak vs. gibi ilişkili suçlardan açık ve net olarak ayıran bir biçimde tanımlanmasını”⁷¹⁹ sağlamak zorunda olduklarını da beyan etmiştir. Bu bağlamda WGIED zorla kaybetme suçuna ilişkin olarak “herhangi bir tanımın asgari düzeyde, çeşitli noktaların birleşimi olan şu üç unsur içermesi gerektiği” sonucuna varmıştır: “(a) İlgili kişinin iradesi dışında hürriyetinden yoksun kılınması; (b) Devlet

⁷¹⁷ A.g.e., para. 11.

⁷¹⁸ Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu – Ek: Ulusal ceza mevzuatlarında zorla kaybetme konusunda en iyi uygulamalar (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances – Addendum: Best practices on enforced disappearances in domestic criminal legislation), A/HRC/16/48/Add.3, 28 Aralık 2010, para. 10.

⁷¹⁹ A.g.e., para. 21.

yetkililerinin dahil – hiç değilse dolaylı bir biçimde, göz yummak suretiyle; (c) İlgili kişinin akıbeti ve yeri hakkında bilgi vermenin reddedilmesi.”⁷²⁰ Buna bağlı olarak WGIED’e göre:

- Birinci unsur “hürriyetten yoksun kılma”nın tüm biçimlerini – yasal veya yasa dışı olacak şekilde – içermek zorundadır. Dolayısıyla bu suçun tanımı, hürriyetten yoksun kılmanın herhangi bir çeşidiyle veya yoluyla sınırlı olamaz.
- Mağdurun hürriyetinden yoksun bırakıldığıın kabul edilmemesi ya da kaybedilmiş kişinin yeri veya akıbetinin gizlenmesi suçun yasadaki tanımında bulunması zaruri olan bir unsurdur, çünkü bu “unsur, aslına bakılırsa, zorla kaybetmeyi keyfi gözaltı gibi başka suçlardan ayırt edici bir rol oynamaktadır.”⁷²¹
- “Yasal korumadan mahrum bırakma”ya gelince; Bildirge [Madde 1, Fıkra 2] gereğince bu, “suçu oluşturan diğer temel unsurların bir *sonucudur*.”⁷²²

Zorla kaybetme suçunun faillerine ilişkin olarak WGIED, ulusal mevzuatlardaki suç tanımlarının fail kategorisinde “Devlet aktörlerini veya [...] devlet adına çalışan ya da devletin doğrudan veya dolaylı desteği, rızası veya göz yummasıyla hareket eden bireyleri veya örgütlü grupları (örn. paramiliter gruplar)”⁷²³ içermesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla WGIED, “ulusal ceza mevzuatının, devlet yetkililerinden suçu işlemek için doğrudan emir veya talimat almamış dahi olsalar devlet adına çalışan ya da devletin dolaylı veya doğrudan desteğiyle hareket eden kişiler tarafından işlenmiş fiilleri kapsamadığı durumlarda”⁷²⁴ tanımı eksik bulmuş ve düzeltilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir.

⁷²⁰ A.g.e.

⁷²¹ A.g.e., para. 28.

⁷²² A.g.e., para. 32.

⁷²³ A.g.e., para. 25.

⁷²⁴ A.g.e.

Bununla beraber, ICPEĞ ⁷²⁵ ve Roma Statüsü ışığında, WGIED müstakil suçun tanımında herhangi bir kişi tarafından işlenebileceğinin öngörülmesini iyi bir uygulama olarak değerlendirmiştir. Ancak WGIED, “böylesi geniş kapsamlı bir tanımın devletin sorumluluğunu hafifletecek şekilde yorumlanamayacağını ve zorla kaybetme suçunun diğeri temel unsurlarından kaynaklanan özgüllüğünün – özellikle de mağdurun yasal korumadan mahrum bırakılması sonucunu doğurduğunun – dikkate alınması gerektiğii”⁷²⁶ konusunda uyarıda bulunmuştur.

“Devletlerin Amerika Sözleşmesi’nde temin edilen hakları garanti altına almak adına iç hukuklarını bu Sözleşmesi’nin hükümleriyle uyumlu hale getirmeye dair genel yükümlülükleri, bahsi geçen hak ve özgürlüklerin etkili bir biçimde sağlanması için yasaların çıkarılması ve uygulamaların geliştirilmesinin yanı sıra, Sözleşme’de garanti edilen hakların ihlaline sebep olan tüm yasa ve uygulamaların kaldırılması için gerekli tüm adımların atılması anlamına gelmektedir. [...] Kişilerin zorla kaybedilmesi hususunda, Amerika Sözleşmesi’nin 2. Maddesi gereğince iç hukuku Sözleşme’nin hükümleriyle uyumlu hale getirme zorunluluğuu, bu faaliyetin gerçek anlamda sona erdirilmesi için son derece önemlidir. Kişilerin zorla kaybedilmesinin ne denli ciddi bir suç olduğu göz önüne alınınca, örneğinin insan kaçıрма, işkence veya cinayet suçlarına dair var olan ceza kanunlarının sağladığı koruma yetersiz kalmaktadır. Kişilerin zorla kaybedilmesi, Sözleşme’de garanti altına alınan birçok hakkın sürekli ve çoklu ihlali anlamına gelen ayrı ve başlı başına bir olgudur. Yalnızca kişiyi keyfi bir biçimde hürriyetinden yoksun bırakmak anlamına gelmez, aynı zamanda alıkonulan kişinin kişisel bütünlüğünü ve güvenliğini zedeler ve ihlal eder, kişiyi tamamen savunmasız bırakarak hayati tehlike yaratır ve bunun yanı sıra başka ilgili suçları da içerir.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁷²⁷

⁷²⁵ Madde 3 “Devletin izni, desteğii veya rızası olmadan hareket eden kişi veya grupların işlediğii ve zorla kaybetmeyle eşdeğeri” eylemlerin faillerini soruşturma ve yargılama hususunda da devleti yükümlü kılmaktadır.

⁷²⁶ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu – Ek: Ulusal ceza mevzuatlarında zorla kaybetme konusunda en iyi uygulamalar (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances – Addendum: Best practices on enforced disappearances in domestic criminal legislation)*, A/HRC/16/48/Add.3, 28 Aralık 2010, para. 26.

⁷²⁷ 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136, para. 91 ve 92.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin ulusal mevzuatlarında zorla kaybetmeyi müstakil bir suç olarak tanımlamakla yükümlü olduğunu defalarca ifade etmiştir.⁷²⁸ Zorla kaybetmeyi özgül ve müstakil bir suç olarak tanımlayan yasaların ulusal mevzuatta bulunmadığı bir vakada, suç teşkil eden davranış ve eylemler başka suçlar altında (kaçırma, hürriyetinden yoksun kılma, cinayet ve suç örgütü veya ortaklığı kurmak gibi) kovuşturmaya tabi tutulmuş olsa bile Mahkeme "yargı yetkililerinin kişilerin zorla kaybedilmesi suçunu oluşturan unsurları ve bunların uygun cezalandırma gerektiren ciddiyetinin derecesini göz önüne almamış olduğu [...] [ve dolayısıyla] bu ağır insan hakkı ihlalini oluşturan farklı unsurları ortaya çıkarmak için gerekli tedbirleri alma konusunda eksik kalarak ciddi bir hata işlediği"⁷²⁹ sonucuna varmıştır.

Mahkeme'ye göre, "Yukarıda bahsi geçen husus, devletlerin zorla kaybetmeyi müstakil bir suç olarak tanımlaması ve aynı zamanda bu suçu oluşturan fiilleri de betimlemesi gerektiği anlamına gelmektedir. Bu yasal tanım söz konusu Sözleşme'nin [Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme] 2. Maddesi göz önüne alınarak yapılmalıdır. Bu maddede suçun ulusal mevzuattaki bir tanımının içermesi gereken unsurlar anahatlarıyla verilmektedir."⁷³⁰ Benzer bir biçimde Mahkeme, "bahsi geçen sınıflandırma ve tanımın kişilerin zorla kaybedilmeden korunmasına dair uluslararası – evrensel ve Amerikalılar Arası – belgelerde belirtilen asgari unsurları içermesi gerektiğini"⁷³¹ ifade etmiştir.

⁷²⁸ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274; 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú vd./Paraguay Davası*, Seri C No. 153; 12 Ağustos 2008 tarihli karar, *Heliodoro Portugal/Panama Davası*, Seri C No. 186; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202; ve 27 Şubat 2012 tarihli karar, *Narciso González Medina ve Ailesi/Dominik Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 240.

⁷²⁹ 27 Şubat 12 tarihli karar, *Narciso González Medina ve Ailesi/Dominik Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 240, para. 245.

⁷³⁰ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 205. Benzer olarak, bakınız: 22 Eylül 2009, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 66 ve 165; ve 12 Ağustos 2008 tarihli karar, *Heliodoro Portugal/Panama Davası*, Seri C No. 186, para. 181.

⁷³¹ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 66.

Dolayısıyla, zorla kaybetmenin ulusal hukuktaki suç tanımının bu uluslararası suç oluşturana tüm unsurları kapsamadığı veya uluslararası standartlara uygun bir biçimde suç karışmanın tüm biçimlerini içermediği durumlarda Mahkeme, devletin bu uluslararası suç tanımlama yükümlülüğüne gerektiği biçimde uymamış olduğuna hükmetmiştir.⁷³² Bu bağlamda, Mahkeme'ye göre "uluslararası hukuk, cezai kovuşturmanın gelecekte insan hakkı ihlallerinin tekrar gerçekleşmesini engellemenin temel yollarından biri olduğu anlayışıyla, bu tür fiil ve davranışların doğru tanımına dair asgari bir standart ve bu tanımın asgari düzeyde içermesi gereken unsurları belirlemiştir. Başka bir deyişle, devletler bunun kişinin haklarını daha fazla veya daha iyi bir şekilde teminat altına alınmasını sağlayacağı görüşünde olduklarında, belirli bir suç tipinin cezai kovuşturmasını genişletmek adına daha sıkı standartlar belirleyebilir; ancak bunu yaparken söz konusu standartların korumakla yükümlü oldukları başka normları ihlal etmemesi şarttır. Ayrıca, eğer uluslararası düzeyde belirlenmiş kovuşturma kurallarından kaldırılamaz ve sınırlanamaz olan unsurlar çıkarılırsa ya da anlamı veya etkililiği azaltan mekanizmalar devreye sokulursa, bunlar devletlerin uluslararası hukuk uyarınca engelleme, ortadan kaldırma ve cezalandırma yükümlülüğü olduğu davranış ve fiillerin cezasız kalmasına sebep olabilir."⁷³³

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Peru,⁷³⁴ Paraguay,⁷³⁵ Panama⁷³⁶ ve Venezuela'daki⁷³⁷ zorla kaybetme davalarında verdiği kararlarda suçların IACFDP'deki hükümlerle ve başka uluslararası norm ve standartlarla uyumluluğunu ele almıştır.

⁷³² 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136, para. 102 ve devamı; ve 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274.

⁷³³ 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú vd./Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 92.

⁷³⁴ 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136 ve 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274.

⁷³⁵ 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú vd./Paraguay Davası*, Seri C No. 153.

⁷³⁶ 12 Ağustos 2008 tarihli karar, *Heliodoro Portugal/Panama Davası*, Seri C No. 186.

⁷³⁷ 28 Kasım 2005 tarihli karar, *Blanco Romero ve diğerleri/Venezuela Davası*, Seri C No. 138.

"Zorla kaybetmeyi niteleyen özellik gizliliğidir. Bu da devleti iyi niyetle tüm uluslararası yükümlülöklere uymaya ve kendi sınırları dahilinde meydana gelen olayları soruşturma mekanizmalarına egemen olduğu ölçüde gerekli tüm bilgiyi sağlamaya zorunlu kılar. Sonuç olarak, ispat yükümlölüğünü mağdurlara veya yakınlarına yüklemeye dair herhangi bir girişim Amerika Sözleşmesi'nin 2. Maddesi ve Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme'nin I (b) ve II. Maddelerinin devlete getirdiği yükümlölüğe aykırıdır."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁷³⁸

Mahkeme suçun Peru yasalarındaki tanımı⁷³⁹ ve IACFPD veya başka uluslararası belgelerin zorla kaybetme suçunun tanımında bulunmasının zorunlu olduğunu ifade ettiği unsurlar arasında birçok uyumsuzluk tespit etmiştir. ⁷⁴⁰ *Osorio Rivera ve Aile Fertleri Davası'ndaki* kararında Mahkeme Peru'nun ulusal mevzuatının uluslararası standartlara uyma konusundaki yetersizliğini Şu biçimde özetlemiştir: "a) Peru Ceza Kanunu'nun 320. Maddesi zorla kaybetme suçunun faillerini 'kamu görevlileri veya memurlar' şeklinde sınırlandırmıştır. Bu tanım Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme'nin II. Maddesinde bulunan suça iştirak biçimlerinin tamamını kapsamadığından dolayı eksiktir; (b) kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmış olduğunu kabul etmemek ve ardında iz veya kanıt bırakmamak adına kişinin bulunduğu yer ve akıbetine dair bilgi vermeyi reddetmek suçun tanımına dahil edilmesi gereken unsurlardır, çünkü bunlar genellikle ilişkilendirildiği başka suçlarla zorla kaybetme suçu arasında ayırım yapılabilmesini sağlar; ancak Peru Ceza Kanunu'nun 320. Maddesi bu unsurları içermemektedir; (c) Ceza Kanunu'nun 320. Maddesi kaybedilmenin 'usulüne uygun biçimde kanıtlanması' gerektiği lafzını içerir ve bu, yasa maddesinin yorumlanmasında

⁷³⁸ 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136, para. 106.

⁷³⁹ Ceza Kanunu'nun 320. Maddesi zorla kaybetme suçunu Şu şekilde tanımlamaktadır: "Bir kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan, kişinin usulüne uygun biçimde kanıtlanmış kaybına yol açacak eylemlerde bulunan veya bunların emrini veren devlet görevlisi veya memur Madde 36(1) ve (2) uyarınca 15 yıldan az olmamak kaydıyla hapis ve [kamu görevinden] ihraç cezasına çarptırılacaktır" (İspanyolca orjinalinden mealen çevrilmiştir).

⁷⁴⁰ 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136, para. 100 ve devamı.

çeşitli sıkıntılar doğurmaktadır. İlk olarak, suçun ihbarından önce mi usulüne uygun biçimde kanıtlanması gerektiğini anlamak mümkün değildir ve ikinci olarak da bunun teyidini kimin yapacağı belirsizdir. Özellikle bu ikincisi 'devletin uluslararası yükümlülüklerine gerektiği gibi uymasına engel olmaktadır.'⁷⁴¹

"Buradaki ek koşul kaybetmenin 'usulüne uygun biçimde saptanmış' olması gerektiğidir. Bunun uluslararası hukukta hiçbir emsali bulunmadığı gibi ceza politikalarında makul bir temeli de yoktur. Bu şart, müştekiye – suç teşkil eden eylemin gizliliğe dayandığını düşünecek olursak – tamamen absürt sayılacak bir ön yükümlülük değil, yalnızca öncelikle herhangi bir kayıp şahsın bulunması için genellikle başvuru emniyet ve idari mekanizma ve prosedürlerin tüketilmiş olması gerekliliğidir. Suçun ispatına dair usuli bir yükümlülük olarak anlaşılması önemlidir, çünkü bu cezasızlığı kolaylaştıran bir yaklaşım olacaktır.

Peru Ombudsmanı⁷⁴²

Suçun Paraguay'daki tanımına⁷⁴³ ilişkin olarak Mahkeme, "Paraguay Ceza Kanunu'nda yürürlükte olan işkence ve 'zorla kaybetme' suçlarının tanımlarının bu tür fiileri meydana getiren birtakım davranışların cezalandırılmasına olanak sağlıyor" olmasına rağmen "bunlar detaylı incelendiğinde devletin [bu suçları] ilgili uluslararası normların gerektirdiği gibi kapsamlı biçimde tanımlamamış olduğu anlaşılmaktadır"⁷⁴⁴ demiştir. Bunun sonucunda, Mahkeme Paraguay'ın mevzuatındaki zorla kaybetme suçunu "uluslararası

⁷⁴¹ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 206.

⁷⁴² Defensoría del Pueblo, *Informe No. 55: La desaparición forzada de personas en el Perú (1980-1996)*, Serie Informes Defensoriales, Lima, Ocak 2002, s. 39 (İspanyolca orijinalinden mealen çevrilmiştir).

⁷⁴³ "Zorla kaybetme" suçu Ceza Kanunu'nun 236. Maddesinde (Kanun No. 1,160 / 97) şu şekilde belirtilmiştir: "1. Siyasi amaçlarla ve toplumu teröze etmek maksadıyla Madde 105 [kasten insan öldürme], Madde 111, 3. bent [nitelikli yaralama], Madde 112 [ağır yaralama], Madde 120 [cebir] ve Madde 124, 2. fıkrada [kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma] belirtilen suçları işleyen şahıs beş yıldan az olmamak kaydıyla hapis cezasına mahkum edilecektir. 2. Kişiyi veya ölü bedenini saklayan veya yeri hakkında bilgi vermeyen devlet görevlisi hakkında beş yıla kadar hapis veya para cezasına hükmedilir. Bu, kişinin devlet görevlisi statüsünün hukukun geçerli olmadığı durumlarda dahi aynı şekilde uygulanır."

⁷⁴⁴ 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goiburú vd./Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 92.

insan hakları hukukundaki ilgili hükümlerle”⁷⁴⁵ uyumlu hale getirmesini emretmiştir.

Zorla kaybetme suçunun Panama hukukundaki tanımına⁷⁴⁶ ilişkin Mahkeme'nin vardığı sonuç ise şu şekildedir: “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmayı bunun hukuk dışı tezahürleriyle sınırlandıran ve dolayısıyla kişinin yasal biçimlerde hürriyetinden yoksun kılındığı durumları kapsamayan bu tanım, bu bakımdan Sözleşme'deki asgari koşullara uyumsuzluk gösterir.”⁷⁴⁷ Benzer biçimde, Mahkeme, suçun bu tanımının “suçu aşağıda belirtilen iki durumdan biri gerçekleştiğinde işlenmiş saydığını, ama ikisinin birden gerçekleştiği durumları ifade etmediğini” belirtmiştir: Yani “(1) kişi hürriyetinden hukuk dışı bir biçimde yoksun kılındığında veya (2) hukuk dışı bir biçimde hürriyetinden yoksun kılınan kişinin yeri hakkında bilgi paylaşmanın reddi durumunda.”⁷⁴⁸ Mahkeme'ye göre, “Bu ayrışma karmaşaya sebep olmaktadır; çünkü birinci hipotez zaten kişiyi hukuk dışı bir biçimde hürriyetinden yoksun kılmaya dair genel yasağa tekabül ediyor sayılabilir. Üstelik uluslararası normlar gereğince her iki unsurun birden varlığı zorunludur: Yani tanımda hem kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması – her ne şekilde olursa olsun – hem de buna dair bilgi paylaşmayı reddetmek birlikte bulunmalıdır.”⁷⁴⁹ Ayrıca, Mahkeme'ye göre Panama'daki suç tanımı yalnızca hürriyetinden yoksun kılınmış kişinin yeri hakkında bilgi vermediği reddetmeyi içermektedir. Bu da “kaybedilmiş bir kişinin alıkonmuş veya alıkonmakta olup olmadığının kesin olarak bilinmediği durumları kapsamaz.”⁷⁵⁰ Bu bakımdan, Mahkeme, “Sözleşme'nin zorunlu

⁷⁴⁵ A.g.e., para. 179.

⁷⁴⁶ Ceza Kanunu'nun “Zorla kaybetme”ye ilişkin 150. Maddesine göre, “Yetkisini kötüye kullanarak ya da yasal formaliteleri ihlal ederek herhangi bir kişiyi veya kişileri fiziksel olarak hürriyetlerinden yoksun kılan veya yerlerini bildiği halde gerekli olduğu durumda bu bilgiyi paylaşmayı reddeden bir memur üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasına çarptırılır. Aynı hüküm devlet memurlarının onayı veya desteğiyle faaliyet gösteren bireyler için de geçerlidir. Kişinin zorla kaybedilmiş olduğu sürenin bir yılı aşkın olduğu durumda ceza on yıldan on beş yıla kadar hapis şeklinde olacaktır.”

⁷⁴⁷ 12 Ağustos 2008 tarihli karar, *Heliodoro Portugal/Panama Davası*, Seri C No. 186, para. 192.

⁷⁴⁸ A.g.e., para. 196.

⁷⁴⁹ A.g.e., para. 196.

⁷⁵⁰ A.g.e., para. 199.

kıldığı bu unsuru” mevzuatında içermeyerek “devletin zorla kaybetme suçunu uluslararası yükümlölüklerine uygun bir biçimde tanımlama zorunluluğuna uymamış”⁷⁵¹ olduğu sonucuna varmıştır.

Venezuela⁷⁵² için ise Mahkeme zorla kaybetme suçunun ulusal mevzuattaki tanımının Amerikalılar arası tanımı oluőturun unsurları içermediği kanaatine varmıştır.⁷⁵³ İlk olarak, hapis cezası hükmü kişinin yasa dışı biçimlerde hürriyetinden yoksun kılındığı durumlarla sınırlandırılmıőtır. Üstüne üstlük suçun tanımı, IACFDP tarafından Şart koőulduđu üzere, “devletin izni, desteği veya göz yummasıyla” hareket eden kiőisi veya grupları içermemektedir.

3. Yetkili Yargı Mercileri ve Ceza Davaları

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz faillerini yargılama ve cezalandırma yükümlölüğü uluslararası hukukun belirlediği kurallar uyarınca yerine getirilmelidir. Bunlar: i) bağımsız, tarafsız ve yetkin bir mahkemenin varlığı; ii) davanın kanunlarca belirtilen esaslara uygun yürütölmesinin (adil yargılanma hakkı) sanığa temel güvenceler sağlaması ve iii) mağdurların ailelerinin adalet ve etkili çözümler hakkı olmasıdır.

a. Bağımsız, tarafsız ve yetkin mahkemeler

Yargılama ve cezalandırma yükümlölüğü bağımsız, tarafsız ve yetkin mahkemelerce yerine getirilmelidir. Bağımsız ve tarafsız bir

⁷⁵¹ A.g.e., para. 200.

⁷⁵² Zorla kaybetme suçu Şu Şekilde tanımlanmaktaydı: “Sivil veya askeri resmi makamlar veya devlet namına görev yapan herhangi bir kiőisi bir başkasını hukuk dışı bir biçimde hürriyetinden yoksun kılıp bu kişiyi alıkoyduğunu kabul etmeyerek veya kayıp kişinin akıbeti ve durumu hakkında bilgi vermeyi reddederek kişinin haklarını ve anayasal ve yasal güvencelerini kullanmasını engellediğinde hakkında on beş yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmedilir. Terörist, isyancı veya yıkıcı amaçlarla hareket eden grup veya örgütlerin üyeleri veya bu tür grup ve örgütlerin üyesi gibi davranan veya bunlarla işbirliği içerisinde olan kişiler de bir başkasını kaçırarak veya alıkoyarak suretiyle zorla kaybettiğinde aynı cezaya çarptırılır. Suça ortaklık veya yataklık eden her kim olursa on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezasına çarptırılır. Bu Maddede belirlenen suç, mağdurun akıbeti ve yeri meçhul kaldığı süreçte devam etmiş sayılacaktır. [...]” (Ceza Kanunu 2005 md. 180-A). (İspanyolca orjinalinden mealen çevrilmiştir).

⁷⁵³ 28 Kasım 2005 tarihli karar, *Blanco Romero ve diğerleri/Venezuela Davası*, Seri C No. 138, para. 105.

mahkeme tarafından yargılanma hakkı birçok uluslararası sözleşme, insan hakkı belgesi⁷⁵⁴ ve uluslararası insancıl hukuk⁷⁵⁵ tarafından evrensel olarak tanınmaktadır. İnsan Hakları Komitesi savaş veya olağanüstü hal dönemlerinde bile “yalnızca bir hukuk mahkemesinin bir kişiyi yargılayıp bir suçtan mahkum edebileceğini”⁷⁵⁶ ve bağımsız ve adil bir mahkeme tarafından yargılanmanın “herhangi bir istisnası olması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğunu”⁷⁵⁷ ifade etmiştir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu⁷⁵⁸ ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi de benzer tutum sergilemektedirler. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, uluslararası insancıl hukuk uyarınca silahlı çatışma sırasında titizlikle uyulması gereken asgari güvenceler belirlenmiş olduğunu ve bağımsız, tarafsız, yetkin ve düzenli biçimde oluşturulmuş bir mahkeme tarafından yargılanma hakkının da bunlara dahil olduğunu beyan etmiştir.⁷⁵⁹

⁷⁵⁴ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (Md. 10); Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (Md. 14.1); Yargının Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeler (Basic Principles on the Independence of the Judiciary); Savcıların Rolüne Dair Kurallar (Guidelines on the Role of Prosecutors); Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Basic Principles on the Role of Lawyers); Amerika İnsan Hak ve Ödevleri Bildirisi (American Declaration of the Rights and Duties of Man) (Md. XXVI); ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (Md. 8.1).

⁷⁵⁵ Örneğin, III Cenevre Sözleşmesi'nin 84. Maddesi; IV Cenevre Sözleşmesi'nin 54. Maddesi ile 64'ten 74'e ve 117'den 126'ya olan maddeleri; 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine, Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Ek Protokol'ün (Protokol I) 75. Maddesi ve 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine, Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Ek Protokol'ün (Protokol II) 6. Maddesi.

⁷⁵⁶ Genel yorum No. 29: Olağanüstü hal sırasında hakların geriletilmesi (General comment No. 29: Derogations during a state of emergency) (Md. 4), para. 16.

⁷⁵⁷ Genel yorum No. 32, Madde 14: Mahkemeler karşısında eşitlik ve adil yargılanma hakkı (General comment No. 32, Article 14: the right to equality before courts and tribunals and to a fair trial), para. 19; ve 28 Ekim 1992 tarihli görüşler, 263/1987 sayılı Bildirim, M. González del Río/Peru, para. 5.2.

⁷⁵⁸ Terörizm ve İnsan Hakları Raporu (Report on Terrorism and Human Rights), OAS/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 Revs. 1 corr. 22 Ekim 2002, para. 261.

⁷⁵⁹ Uluslararası Kızılhaç Komitesi (UKK), 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine, Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Ek Protokol'ün (Protokol I) 75. Maddesi, 4. Bendi'ne dair Yorum (Comment on article 75, Para. 4 of the Additional Protocol to the Geneva Conventions, 12 August 1949 relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts), para. 3084.

“Güçler ayrılığına riayet edilen, anayasal ve demokratik bir hukuk devletinde yasada belirlenen cezaların tamamı, kanunun gerektirdiği tüm güvencelerin sağlandığı adil bir yargılama süreci sonunda kişinin suçu sabit bulunmuşsa yargı organı tarafından verilmelidir. Olağanüstü hal durumunda olunması devlete masumiyet karinesini yok sayma yetkisi vermediği gibi kolluk güçlerine de keyfi ve kontrolsüz cezalandırma hakkı (*ius puniendi*) sağlamaz.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu⁷⁶⁰

Mahkemelerin hükümetin diğer kollarından bağımsız ve özerk olmaları gerekir. Herhangi bir kaynaktan veya herhangi bir nedenle gelebilecek her türlü etki, tehdit ve müdahaleden uzak ve yargı faaliyetini düzgün ve bağımsız bir biçimde gerçekleştirebilmelerini sağlayacak tüm özelliklere sahip olmalıdırlar.⁷⁶¹ Dolayısıyla, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlerin ve yargı görevlilerinin hiyerarşik olarak hükümetin diğer kollarının – özellikle de yürütme erkinin – astı olmaması veya bunlara bağımlı olmaması anlamına gelmektedir.⁷⁶²

Zorla kaybetme, hukuk dışı infaz ve diğer ciddi insan hakkı ihlalleri suç teşkil etmektedir. Bu durumlarda, uluslararası hukukta bu suçları yargılamaya yetkili olan mercinin yasal prosedürler yoluyla oluşturulmuş normal ceza mahkemeleri olduğu ifade edilir. Yetkin

Ayrıca bkz.: ICRC, *12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine*, Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına ilişkin *Ek Protokol*'ün (Protokol II) 6. Maddesi 2. Bendi'ne dair Yorum (Comment on article 6, para. 2 of the Additional Protocol to the Geneva Conventions, 12 August 1949 relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts), para. 4601.

⁷⁶⁰ Rapor No. 49/00, Dosya No. 11.182, *Rodolfo Gerbert ve diğerleri (Peru)*, 13 Nisan 2000, para. 86.

⁷⁶¹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Yargının Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeler*, İlke 1, 2, 3 ve 4; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 30 Haziran 2009 tarihli karar, *Reverón Trujillo/Venezuela Davası*, Seri C No. 197; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *Terörizm ve İnsan Hakları Raporu* Doc. Cit., para. 229; ve İnsan Hakları Komitesi, *Genel Yorum No. 32*, Doc. Cit., para. 18.

⁷⁶² Bu bağlamda bakınız, *Uluslararası Hukukçular Komisyonu (International Commission of Jurists)*, *Hakimlerin, avukatların ve savcılarının bağımsızlığı ve hesap verebilirliğine dair uluslararası prensipler – Uygulayıcı rehberi No. 1 (International principles on the independence and accountability of judges, lawyers and prosecutors – Practitioners' guide No. 1)*, Ed. ICJ, Cenevre, 2007.

yargı mercine dair bu prensip birçok uluslararası belgede tekrarlanmıştır.⁷⁶³

Uluslararası belgeler ve standartlar gereğince zorla kaybetme ve hukuk dışı infazla suçlanan kişiler ile askeri personel veya emniyet mensupları tarafından işlenen ciddi insan hakkı ihlallerinin yargılanması askeri yargının yetki alanı dışındadır. Zorla kaybetmeye ilişkin olarak bu yetki alanı dışında bırakma IACFDP⁷⁶⁴ ve DED’de ⁷⁶⁵ açık bir şekilde ifade edilerek güvence altına alınmıştır. ICPED’in de bu konuya dair açık bir hükmü bulunmasının yanı sıra WGIED zorla kaybetme suçunun sivil mahkemelerin yetki alanında ⁷⁶⁶ olması gerektiğini belirtmiştir – bu hem suçun soruşturulması süreci hem de yargılama açısından geçerlidir. Benzer bir biçimde, *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler*⁷⁶⁷ ve *Askeri Mahkemeler tarafından Adaletin Yürütülmesini Düzenleyen Taslak İlkeler*⁷⁶⁸ de zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz dahil herhangi bir ciddi insan hakkı ihlalini askeri mahkemelerin yetki alanı dışında tutar.

Uluslararası hukuk sistemi bu konuda hemfikirdir: Yalnızca sivil ceza mahkemeleri zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz davalarına bakma ve bu suçların faillerini yargılama ve cezalandırma yetkisine sahiptir. İnsan Hakları Komitesi defalarca insan hakkı ihlallerinden sorunlu askeri personel ve emniyet mensuplarının askeri mahkemelerce yargılanması uygulamasının

⁷⁶³ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, *Yargının Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeler* (İlke 5).

⁷⁶⁴ Madde IX.

⁷⁶⁵ Madde 16 (2).

⁷⁶⁶ *Sonuç gözlemleri: Fransa (Concluding observations on: France)*, CED/C/FRA/CO/1, 8 Mayıs 2013, para 24 ve 25; *İspanya*, CED/C/ESP/CO/1, 12 Aralık 2013, para 15-16; ve *Hollanda*, CED/C/NLD/CO/1, 10 Nisan 2014, para. 18-19.

⁷⁶⁷ 22 ve 29. Maddeler.

⁷⁶⁸ Madde 9. Birleşmiş Milletler hakim ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportörü Ms. Gabriela Knaul, Taslak Prensipler’in uluslararası hukukun bu husustaki gelişimini yansıtmakta olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur (*Hakim ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportörün Raporu*, A/68/285 7 Ağustos 2013). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bunu hukuk kaynağı olarak alarak benzer bir sonuca varmıştır (diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 4 Mayıs 2006 tarihli karar, *Ergin/Türkiye*, Başvuru No. 47533/99, ve 21 Eylül 2006 tarihli karar, *Maszni/Romanya*, Başvuru No. 59892/00).

Madde 2 (3) (etkili çözüm hakkı) ve Madde 14'ten (yetkin, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil yargılanma hakkı) kaynaklananlar dahil Sözleşme'nin devletlere getirdiği yükümlülüklerle uyumlu olmadığı kararına varmıştır.⁷⁶⁹

Hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar Özel Raportörü askeri mahkemelerinin yetki alanının askeri suçlarla kesin bir biçimde sınırlandırılması gerektiğini tekrarlayarak ciddi insan hakkı ihlallerinin – vazifenin akışı içerisinde gerçekleşmiş suçlar olarak sayılmayacaklarından – sadece ve sadece sivil mahkemelerin yetki alanında bulunması gerektiğini ifade etmiştir.⁷⁷⁰ Benzer bir biçimde, "Özel Raportör bir kez daha bütün ilgili hükümetlere hitap ederek, onları tüm yaşam hakkı ihlali iddialarıyla ilgilenebilecek bağımsız, tarafsız ve faal durumda bir sivil yargının varlığını sağlamaya çağırır. Özel Raportör aynı zamanda yetkililere seslenerek, insan hakkı ihlallerinden sorumlu olanları teşhis edip adalet önüne getirme çabasında kolluk güçlerinin sivil adalet sistemiyle tamamıyla işbirliği içerisinde davranmalarının sağlanması gerektiğini belirtir."⁷⁷¹ WGIED, zorla kaybetme suçunun herhangi bir özelleşmiş yetki alanına – hele ki askeri yargının alanına – değil,

⁷⁶⁹ İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Peru (Concluding Observations of the Human Rights Committee: Peru), CCPR/C/79/Add.8, 25 Eylül 1992, para. 8; Boliviya, CCPR/C/79/Add.74, 1 Mayıs 1997, para. 11; Kolombiya, CCPR/C/79/Add.2, 25 Eylül 1992, para. 5 ve 6 ile CCPR/C/79/Add.76, 5 Mayıs 1997, para. 18; Venezuela, CCPR/C/79/Add.13, 28 Aralık 1992, para. 7 ve 10; Hırvatistan, CCPR/C/79/Add.15 - A/48/40, 28 Aralık 1992, para. 362; Brezilya, CCPR/C/79/Add.66, 24 Temmuz 1996, para. 10; Lübnan, CCPR/C/79/Add.78, 1 Nisan 1997, para. 14; Şili, CCPR/C/79/Add.104, 30 Mart 1999, para. 9; Dominik Cumhuriyeti, CCPR/CO/71/DOM, 26 April 2001, para. 10; Guatemala, CCPR/CO/72/GTM, 27 Ağustos 2001, para. 10 ve 20; El Salvador, CCPR/C/79/Add.34, 18 Nisan 1994, para. 5; Ekvador, CCPR/C/79/Add.92, 18 Ağustos 1998, para. 7; Mısır, CCPR/C/79/Add.23, 9 Ağustos 1993, para. 9; Polonya, CCPR/C/79/Add.110, 29 Temmuz 1999, para. 21; Kamerun, CCPR/C/79/Add.116, 4 Kasım 1999, para. 21; Fas, A/47/40, 23 Ekim 1991, para. 57; Suriye, CCPR/CO/71/SYR, 28 Mayıs 2001, para. 17; Rusya Federasyonu, CCPR/C/79/Add.54, 29 Temmuz 1995, para. 25; Slovakya, CCPR/C/79/Add.79, 4 Ağustos 1997, para. 20; ve Özbekistan, CCPR/CO/71/UZB, 26 Nisan 2001, para. 15.

⁷⁷⁰ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, BM Belgeleri (UN Docs): E/CN.4/1994/7/Add.2,15 Kasım 1993, para. 99; E/CN.4/1995/111, 16 Ocak 1995, para. 90 ve 120 (f); ve E/CN.4/1995/61/Add.1, 1 Kasım 1994, para. 70 ve 81 (a).

⁷⁷¹ BM Belgesi (UN Doc). E/CN.4/1994/7, 7 Aralık 1993, para. 697.

sadece normal mahkemelerin yetki alanına girdiği sonucuna varmıştır.⁷⁷²

“Yalnızca silahlı kuvvetler mensuplarını ve sadece tabiatları dolayısıyla askeri sisteme içkin hak ve ödevleri etkileyen suç veya kabahatler işlediklerinde yargılayabilmeleri gerektiğinden askeri ceza mahkemelerinin kısıtlı ve istisnai bir faaliyet alanı olmalıdır. Bu bağlamda, askeri adalet sistemi aslında sivil adalet sistemi tarafından bakılması gereken bir davayı kendi yetki alanına dahil ettiğinde davanın uygun bir hakim tarafından görülmesi hakkı zarar görür. Adil yargılanma hakkına dair bu güvence Amerika Sözleşmesi'nin amacı ve gayesi – ki bu da bireyin etkin bir biçimde korunmasıdır – göz önüne alınarak incelenmelidir. Bu nedenlerin yanı sıra suçun ve zarar gören hak ve özgürlüklerin doğası düşünölünce, askeri yargı insan hakkı ihlallerini soruşturma ve gerektiğinde failleri yargılayıp cezalandırma hususunda yetkili yargı merci değildir.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁷⁷³

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi defalarca zorla kaybetme, hukuk dışı infaz ve katliamların⁷⁷⁴ askeri düzen ile hiçbir ilgisi olmadığını ve dolayısıyla askeri yargının yetki alanı dışında kaldıklarını ifade etmiştir. Mahkeme, “askeri yargının insan hakkı ihlali iddialarını soruşturma ve gerektiğinde failleri yargılayıp cezalandırma hususunda yetkili olmadığını” onaylamış; “bunlardan

⁷⁷² BM Belgeleri E/CN.4/1993/25, para. 46; E/CN.4/1990/13, para. 345; E/CN.4/1991/20, para. 408; E/CN.4/1992/18, para. 367; E/CN.4/1995/36, 21 Aralık 1994, para. 54; and E/CN.4/2000/64/Add.1, 21 Aralık 1999, para. 29 ve 63; ve *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu – Ek: Ulusal ceza mevzuatlarında zorla kaybetme konusunda en iyi uygulamalar (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances – Addendum: Best practices on enforced disappearances in domestic criminal legislation)*, A/HRC/16/48/Add.3, 28 Aralık 2010, para. 57.

⁷⁷³ 11 Mayıs 2007 tarihli karar, *Rochela Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 163, para. 200.

⁷⁷⁴ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274; 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162; 16 Ağustos 2000 tarihli karar, *Durand ve Ugarte/Peru Davası*, Seri C No. 68; 12 Kasım 12 tarihli karar, *Santo Domingo Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 259; 26 Kasım 2008 tarihli karar, *Tiu Tojin/Guatemala Davası*, Seri C No. 190; 23 Kasım 2009 tarihli karar, *Radilla Pacheco/Meksika Davası*, Seri C No. 209; ve 24 Ekim 12 tarihli karar, *Nadege Dorzema ve diğerleri/Dominik Cumhuriyeti Davası*, Seri C No. 251.

sorumlu olanların her daim normal adalet sistemi tarafından yargılanması gerektiğini” belirtmiştir – Mahkeme’ye göre “bu karar yalnızca işkence, zorla kaybetme ve tecavüz vakaları için değil tüm insan hakkı ihlalleri için geçerlidir.”⁷⁷⁵

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu’na gelince, o da “askeri mahkemelerin, doğaları gereği, sivillerin yargılanmasına uygun bağımsız ve tarafsız mahkeme olmanın koşullarını sağlayamamakta”⁷⁷⁶ olduğunu belirtmiştir. Komisyon, “bir yurttaşın zorla kaybedilmesi hiçbir takdirde kolluk güçleri hesabına çalışan kişilerin meşru ve yasal faaliyetleri arasında sayılamaz”⁷⁷⁷ diye hükmederek bu suçun askeri yargının yetki alanında bulunmasını Amerika Sözleşmesi’nin 8. ve 25. Maddelerinin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁷⁷⁸ Birçok farklı durumda zorla kaybetme ve hukuk dışı infazın askeriye’nin yasal faaliyetleri kapsamında olmadığını ve dolayısıyla ciddi insan hakkı ihlallerinden sorumlu olan kişilerin yargılanmasını askeri yargının yetki alanında saymak için hiçbir gerekçe veya mazeret bulunmadığını tekrarlamıştır.⁷⁷⁹

“Vazifenin akışı içerisinde işlenen suçlar Askeri Ceza Kanunu kapsamında veya kişinin temel hakları gibi yasal hakları çerçevesinde koruma altına alınmamıştır. Nitekim yaşam, fiziksel bütünlük, eşitlik, cinsel özgürlük, haysiyet, mahremiyet gibi temel haklar Silahlı Kuvvetlerin hukuki menfaatlerini teşkil etmediğinden bunların sivil mevzuat tarafından teminat altına alınması gerekir.”

Peru Anayasa Mahkemesi⁷⁸⁰

⁷⁷⁵ 26 Kasım 2010 tarihli karar, *Cabrera García ve Montiel Flores/Meksika Davası*, Seri C No. 220, para. 198.

⁷⁷⁶ *Terörizm ve İnsan Hakları Raporu (Report on Terrorism and Human Rights)*, Doc. Cit., Para. 231.

⁷⁷⁷ Rapor No. 7/00, 24 Şubat 2000, Dosya No. 10.337, *Amparo Tordecilla Trujillo (Kolombiya)*, Para. 54.

⁷⁷⁸ A.g.e.

⁷⁷⁹ Örneğin bkz.: Rapor No. 62/01, Dosya No. 11.654, *Ríofrío Katliamı (Kolombiya)*; Rapor No. 62/99, Dosya No. 11.540, *Santos Mendivelso Coconubo (Kolombiya)*; Rapor No. 5/98, Dosya No. 11.019, *Álvaro Moreno Moreno (Kolombiya)*; Rapor No. 35/00, Dosya No. 11.020, *Los Uvos (Kolombiya)*.

⁷⁸⁰ 15 Aralık 2006 tarihli karar, Exp. No. 0012-2006-PI/TC.

b. Sanık için yasal güvence

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz faili olduğu iddia edilen kişilerin yargılama süreci ve davaları uluslararası hukuk gereğince kanunlarda belirlenen esaslara uygun olarak yürütülmeli ve sanıkların adil yargılanma hakkı güvence altına alınmalıdır.⁷⁸¹ *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* adil yargılanma hakkına içkin olan hukuki güvencelerin sınırlanamaz ve kısıtlanamaz olduğunu açıkça ifade etmiyor olmasına rağmen, İnsan Hakları Komitesi adil yargılanma hakkını oluşturan unsurların genellikle – savaş zamanında veya olağanüstü hal durumunda dahi – sınırlanamaz ve kısıtlanamaz kabul edildiği açıklamasını yapmıştır.⁷⁸² Bu bağlamda, Komite, “Sözleşme’nin 4. Maddesinde bulunan sınırlandırmaya karşı koruyucu düzenlemeler Sözleşme’nin tamamına içkin olan yasallık ve hukukun üstünlüğü ilkelerine dayanmaktadır. Adil yargılanma hakkının çeşitli öğeleri, silahlı çatışma dönemi uluslararası insancıl hukuku tarafından açıkça garanti altına alınmış olduğundan Komite bu güvencelerin başka olağanüstü durumlarda sınırlandırılması için hiçbir haklı gerekçe görememektedir”⁷⁸³ demiştir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu da benzer bir sonuca varmıştır.⁷⁸⁴

Bu hususta ICPED’in “zorla kaybetme suçuyla ilişkili olarak hakkında dava açılan herhangi bir kişiye davanın tüm aşamalarında adil muamele garanti edilmelidir. Zorla kaybetme suçundan yargılanan herhangi bir kişi kanuni şekilde oluşturulmuş, yetkin, bağımsız ve tarafsız bir mahkemece adil yargılanma hakkından faydalanacaktır”⁷⁸⁵ diyerek şart koştuğunu hatırlamak gerekir.

⁷⁸¹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi* (Md. 10); *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* (Md. 14); *Amerika İnsan Hak ve Ödevleri Bildirisi* (Md. XXVI); *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi* (Md. 8.); 12 Ağustos 1949 tarihli *Cenevre Sözleşmelerine, Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına ilişkin Ek Protokol*’ün (Protokol I) 75. Maddesi; ve 12 Ağustos 1949 tarihli *Cenevre Sözleşmelerine, Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına ilişkin Ek Protokol*’ün (Protokol II) 6. Maddesi.

⁷⁸² *Genel Yorum No. 29 (...)* (General Comment No. 29, Doc. Cit., para. 11.

⁷⁸³ A.g.e., Para. 16.

⁷⁸⁴ Rapor No. 49/00, Dosya No. 11.182, *Rodolfo Gerbert and others (Peru)*, 13 April 2000, para. 86.

⁷⁸⁵ Madde 11 (3).

Benzer bir biçimde DED, "böylesi fiillerden sorumlu olduğu sanılan kişilere İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin ilgili hükümleri ve yürürlükte olan konuya dair başka uluslararası sözleşmeler uyarınca soruşturmanın tüm aşamalarında ve sonucundaki kovuşturma ve dava süreçleri boyunca adil muamelenin garanti edileceğini"⁷⁸⁶ ifade etmektedir.

Dolayısıyla, zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaza dair ağır suçları yargılamak için "anonim", "gizli" veya "kimliği belirsiz" hakim, mahkeme heyeti ve savcılardan oluşan özel mahkemelerin kullanımının adil yargılanma (davanın kanunlarca belirtilen esaslara uygun olarak yürütülmesi) hakkını teminat altına alma yükümlülüğüne aykırı olduğuna dikkat çekmek gerekir.⁷⁸⁷

c. Mağdurların ailelerinin dava sırasındaki hakları

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz mağdurlarının yakınlarının etkili çözüm, kaybedilmiş veya infaz edilmiş sevdiklerinin yeri ve akibeti dahil hakikati öğrenme, tazminat ve yaşadıklarının tekrarlanmayacağına dair güvenceye hakları vardır. Bununla paralel olarak, mağdurların yakınları, haklarının saptanması için yasaların sağladığı güvenceler altında, yetkin, bağımsız, tarafsız ve kanuni

⁷⁸⁶ Madde 16 (4).

⁷⁸⁷ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: İnsan Hakları Komitesi, 6 Kasım 1997 tarihli görüşler, 577/1994 sayılı Bildirim, *Victor Alfredo Polay Campos/Peru*; 28 Temmuz 2000 tarihli görüşler, 688/1996 sayılı Bildirim, *María Sybila Arredondo/Peru*; 21 Ekim 2005 tarihli görüşler, 1125/2002 sayılı Bildirim, *Jorge Luis Quispe Roque/Peru*; 22 Temmuz 2003 tarihli görüşler, 981/2001 sayılı Bildirim, *Teofila Gómez Casafranca/Peru*; 11 Temmuz 2006 tarihli görüşler, 1298/2004 sayılı Bildirim, *Manuel Francisco Becerra Barney/Kolombiya*; ve *İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Peru*, CCPR/C/79/Add.67, 25 Temmuz 1996, para. 12 ve 19, ve *Kolombiya*, CCPR/C/79/Add.76, 3 Mayıs 1997, para 21; Hakimlerin ve avukatların bağımsızlığına dair Özel Raportör (*Peru Misyonu Raporu*, E/CN.4/1998/39/Add.1, 19 Şubat 1998, ve *Kolombiya Misyonu Raporu*, E/CN.4/1998/39/Add.2, 30 Mart 1998); Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (30 Mayıs 1999 tarihli karar, *Castillo Petruzzi ve diğerleri/Peru Davası*, Seri C No. 52, ve 25 Kasım 2004 tarihli karar, *Lori Berenson Mejía/Peru Davası*, Seri C No. 119); ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu (*Peru'da İnsan Haklarının Durumuna Dair İkinci Rapor (Second Report on the Situation of Human Rights in Peru)*, OAS/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 Haziran 2000, ve *Kolombiya'da İnsan Haklarının Durumuna Dair Üçüncü Rapor (Third Report on the Situation of Human Rights in Colombia)*, OAS/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 Revs. 1, 26 Şubat 1999).

şekilde oluşturulmuş bir mahkeme tarafından kamusal olarak dinlenme hakkına sahiptir.⁷⁸⁸ Bu bağlamda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, “insan hakkı ihlali mağdurları ve birinci dereceden akrabalarının, hukuk kuralları ve adalete erişim hakları uyarınca, söz konusu ihlallerin yetkin bir mahkeme tarafından ele alınıp karara bağlanmasına hakları olduğunu”⁷⁸⁹ ifade etmiştir. Aile bireylerinin, haklarının yerine getirilmesi çerçevesinde zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz faili olduğu iddia edilen kişilerin yargılandığı davalara katılma hakkı da bulunmaktadır.

Bu hususta, *Tazminat Prensipleri ve Cezasızlığın Sona Erdirilmesine Yönelik İlkeler*'de “Kovuşturma kararının öncelikle devletin sorumluluğunda olmasına rağmen, mağdurların, ailelerinin ve mirasçılarının bireysel veya toplu şekilde – özellikle sivil taraf olarak veya ülkenin ceza muhakemesi kanunu bu tür davaları kapsıyorsa şahsi dava yoluyla – dava açabilmesi gerektiği” belirtilmiş; ayrıca “Devletler haksızlığa uğramış tarafa ve meşru menfaati olan herhangi bir kişi veya sivil toplum kurumuna yargı sürecine müdahil olabilmelerini sağlayacak geniş bir yasal çerçeve sunmalıdır”⁷⁹⁰ denmiştir. Benzer biçimde, *Ceza Adaleti Sistemlerinde Hukuki Yardıma Erişime Dair BM Kural ve İlkeleri* “ceza adaleti sürecinde mağdurların [...] ve tanıkların haklarını koruyup güvence altına almak”⁷⁹¹ için çok sayıda hüküm içerir. Dolayısıyla, bu Kural ve İlkeler uyarınca, “Devletler, sanığın haklarını çiğnemenen veya bunlarla tutarsızlık göstermeden, uygun olduğu durumlarda suçun mağdurlarına hukuki yardım sağlamalıdır”⁷⁹² ve “bir suçun mağdurlarına ceza adaleti süreci boyunca yeniden veya ikincil mağduriyeti engellemek adına uygun

⁷⁸⁸ Bakınız: *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi* (Md. 10); *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* (Md. 14(1)); *Amerika İnsan Hak ve Ödevleri Bildirisi* (Md. XXVI) ve *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi* (Md. 8(1)).

⁷⁸⁹ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 188.

⁷⁹⁰ *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler*, İlke 19 (2).

⁷⁹¹ Giriş, Paragraf 3.

⁷⁹² İlke 4.

tavsiye, yardım, bakım, destek, tesis ve olanaklar sağlanmalıdır.”⁷⁹³

Zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz suçunu teşkil eden eylemlerin doğası düşünülecek olursa, ceza adaleti sistemi kişinin etkili çözüm ve hakikat hakkının yerine getirilmesinde – yani failin kimliğinin tespit edilip suçunun sabit bulunmasında – önemli rol oynar, çünkü bir ceza mahkemesi bir kişiyi suçlu ilan edebilecek tek mercidir. Dolayısıyla, zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz mağdurlarının yakınlarının ceza adaletine erişimi bahsi geçen haklarının sağlanmasına yönelik asli unsurlardandır.

“Sözleşme’nin 8. Maddesi gereğince insan hakkı ihlali mağdurları veya yakınlarının bir mahkemece dinlenmesi ve hem gerçeklerin aydınlatılması hem de sorumlu tarafların cezalandırılması için davalarına müdahil olabilmeleri gereklidir.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁷⁹⁴

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, cezai yargılamanın tüm aşama ve anlarında (hem soruşturma hem dava sırasında), devletin zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz mağdurlarının ailelerinin, gerçeklerin aydınlatılması, sorumluların cezalandırılması ve adil tazminat istenebilmesi adına, tam erişim, müdahillik olanağı ve yargılama usulü kapsamında iddialarını ifade edip kanıtlarını sunmak için geniş imkanları olmasını sağlamak zorunda olduğunu belirtmiştir.⁷⁹⁵ Mahkeme, ayrıca, herhangi bir hükme varmadan ve cezai sorumluluk atfedip cezanın kendisine ve tazminata karar

⁷⁹³ Kural No. 7 (a).

⁷⁹⁴ 16 Ağustos 2000 tarihli karar, *Durand ve Ugarte/Peru Davası*, Seri C No. 68, para. 129.

⁷⁹⁵ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 16 Ağustos 2000 tarihli karar, *Durand ve Ugarte/Peru Davası*, Seri C No. 68, Para. 129; 8 Temmuz 2004 tarihli karar, *Hermanos Gómez Paquiyauri (Kardeşler)/Peru Davası*, Seri C No. 110, para. 231; 3 Mart 2005 tarihli karar, *Huilca Tecse/Peru Davası*, Seri C No. 121, para. 107; 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136, para. 138; 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Baldeón García/Peru Davası*, Seri C No. 147, para. 199; 29 Kasım 2006, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162, para. 228; 10 Temmuz 2007 tarihli karar, *Cantoral Huamaní ve Consuelo Trinidad García Santa Cruz/Peru Davası*, Seri C No. 167, para. 191; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 183; ve 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 245.

vermeden önce, mağdurlar ve/veya ailelerinin iddiaları ve yargılama sırasında sunulan kanıtların yargı yetkilileri tarafından tamamıyla ve ciddi bir dikkatle incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁷⁹⁶

“Adalete erişim hakkı, mağdur tarafın haklarının temin edilmesi ihtiyacı göz önüne alınarak, makul bir süre içerisinde soruşturulmakta olan gerçeklerin aydınlatılması ve mevcut olduğunda, ilgili cezai sorumluluğun atfedilmesi anlamına gelir.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁷⁹⁷

Bu bağlamda, devletlerin zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz mağdurlarının ailelerine yargılama sürecinde müdahil olabilmelerini sağlayacak geniş bir yasal çerçeve sunmaları gereklidir. Yargılama sürecine müdahil olmayı sağlayacak yasal statü⁷⁹⁸ ne olursa olsun, aile bireylerinin yargılama sırasında taraf sıfatıyla bulunabilmeleri sağlanmalı ve:

- Kanıt sunma ve talep etme;
- Tanık sunma, talep ve temin etme;
- Belgelere ve sorgu içeriğine erişme;
- Karşı tarafın sunduğu tanıkları çapraz sorgulama;
- Savunma tarafından sunulan kanıt ve tanıkları sorgulama ve bunlara itiraz etme;
- Uzmanları sürece dahil etme; ve
- Nihai karar dahil, hakim veya mahkemenin kararlarına itiraz edip bunları temyiz etme gibi faaliyetleri yapabilecek yetkiye haiz kılınmalıdırlar.

Mağdurların ailelerinin soruşturma süreci dahil ceza davalarına katılabiliyor ve kanıt sunabiliyor olması yetkilileri soruşturma

⁷⁹⁶ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274; 4 Temmuz 2006 tarihli karar, *Ximenes Lopes/Brezilya Davası*, Seri C No. 149, ve 1 Temmuz 2006 tarihli karar, *Ituango Katliamları/Kolombiya Davası*, Seri C No. 148.

⁷⁹⁷ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 124.

⁷⁹⁸ Örneğin, “sivil taraf”, “şahsi dava” veya “grup davası” gibi.

yükümlülüklerinden muaf kılmadığı gibi ispat yükümlülüğünü de tersine çevirmez. Bu hususta Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, “zorla kaybetmeyi niteleyen özellik gizliliğidir. Bu da devleti iyi niyetle tüm uluslararası yükümlülüklere uymaya ve kendi sınırları dahilinde meydana gelen olayları soruşturma mekanizmalarına egemen olduğu ölçüde gerekli tüm bilgiyi sağlamaya zorunlu kılar. Sonuç olarak, ispat yükümlülüğünü mağdurlara veya yakınlarına yüklemeye dair herhangi bir girişim Amerika Sözleşmesi’nin 2. Maddesi ve Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme’nin I (b) ve II. Maddelerinin devlete getirdiği yükümlülüğe aykırıdır”⁷⁹⁹ beyanında bulunmuştur.

4. Cezai Sorumluluk Türleri

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz suçundan mesul kişileri kovuşturma ve cezalandırma görevi, (hem maddi hem manevi açıdan) failleri, suç ortaklarını ve ceza hukuku ilkeleri uyarınca suçtan sorumlu sayılabilecek tüm kişileri kapsar. Buna bağlı olarak, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infazı önleme yükümlülüğünün tüm faillerin ve işin esas planlayıcı ve yürütücülerinin etkili bir biçimde teşhis edildiği, soruşturulduğu, yargılandığı ve – gerekli görüldüğü takdirde – cezalandırıldığından emin olunması anlamına geldiğini tekrarlamıştır.⁸⁰⁰

Bu çerçevede ICPED şartları şöyle belirlemiştir: “Tüm Taraf Devletler en azından: Zorla kaybetme suçunu işleyen, işlenmesini emreden, başkasını işlemeye teşvik eden, azmettiren veya işlenmesine sebep olan, işleme teşebbüsünde bulunun, suça ortak olan veya herhangi bir biçimde iştirak eden [...] kişilerin tamamına cezai sorumluluk yüklemek için gerekli adımları atmalıdır.”⁸⁰¹

⁷⁹⁹ 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136, para. 345.

⁸⁰⁰ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 3 Mart 2005, *Huilca Tecse/Peru Davası*, Seri C No. 121, para. 107; 22 Kasım 2005 tarihli karar, *Gómez Palomino/Peru Davası*, Seri C No. 136, para. 101; 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Baldeón García/Peru Davası*, Seri C No. 147, para. 94 ve 199; 25 Kasım 2006 tarihli karar, *Miguel Castro-Castro Prison/Peru Davası*, Seri C No. 160, para. 441; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 150; ve 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 178 ve 244.

⁸⁰¹ Madde 6 (1).

IACFPD'ye göre ise "bu Sözleşme'ye Taraf Devletler [...] kendi sınırları ve yetki alanları dahilinde kişilerin zorla kaybedilmesi suçunu işleyen veya işlemeye teşebbüs edenleri ve onların suç ortakları ve yardımcılarını cezalandırma taahhüdünde bulunmuş sayılırlar."⁸⁰² İnfazlara dair İlkeler de "hükümetler, kendi yetki alanları içindeki herhangi bir bölgede yasa dışı, keyfi veya kısa yoldan infaza iştirak ettiği soruşturma mercileri tarafından tespit edilmiş kişilerin adalet önüne getirilmesini kesin olarak sağlayacaktır"⁸⁰³ şeklinde bir şart koşmaktadır.

"Bir şiddet ortamında bir kişinin kaybedilmesine ilişkin olgular genellikle belli bir karmaşıklık düzeyindedir, çünkü farklı seviyelerde olaya ilişkin değişen miktarlarda sorumluluk taşınmaktadır – yani, başka bir deyişle, burada söz konusu olan tek bir şahıs tarafından işlenen bir suç değil, kriminal bir teşkilatlanma tarafından gerçekleştirilen yasa dışı fiil ve davranışların toplamıdır [...]."

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁸⁰⁴

Bu suçlar, genellikle karmaşık bir biçimde ve faaliyetleri ayırtırmaya dayalı bir işbölümü üzerinden gizli yöntemlerle çalışan örgütlü iktidar yapıları⁸⁰⁵ tarafından işlendiği zaman, hiyerarşide üstte olanların (üst rütbeliler, amirler) cezai sorumluluğu ve örgütlü iktidar aygıtına komuta etme sorumluluğu gibi meselelerin hepsi önem kazanır.

a. Hiyerarşide üstte olanların cezai sorumluluğu

Üst rütbelilerin veya sivil ya da askeri hiyerarşide üstte olanların astları tarafından işlenen suçlar için cezai sorumluluğu bulunması uluslararası hukukta insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve uluslararası suç teşkil eden ciddi insan hakkı ihlalleri bağlamında uzun süredir teminat altına alınmış olan bir ilkedir. Bu ilke

⁸⁰² Madde I (b).

⁸⁰³ İlke 18.

⁸⁰⁴ 26 Kasım 2013 tarihli karar, *Osorio Rivera ve Ailesi/Peru Davası*, Seri C No. 274, para. 202.

⁸⁰⁵ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162, para. 82 ve devamı; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzaldo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 79 ve 153; ve 24 Mayıs 2010 tarihli karar, *Manuel Cepeda Vargas/Kolombiya Davası*, Seri C No. 213, para. 118 ve 119.

ICPED,⁸⁰⁶ İnfazlara dair İlkeler⁸⁰⁷ ve *Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler*⁸⁰⁸ dahil sayısız uluslararası belgede⁸⁰⁹ güvence altına alınmaktadır.

Başka uluslararası sözleşme ve belgelerin hiyerarşide üstte olanların cezai sorumluluğuna dair açık hükümler içermemesine rağmen, doktrinde netleştirildiği üzere, bu ilke söz konusu sözleşme ve belgelerin doğası ve uluslararası teamül hukuku gereği bunların bünyesinde zımnen barındırılmıŐtır. Örneğin, Ruanda'da işlenen soykırım ve diğer suçları soruşturmak için oluşturulan Bağımsız Uzmanlar Komisyonu,⁸¹⁰ amirin cezai sorumluluğu ilkesinin *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması*

⁸⁰⁶ Madde 6.

⁸⁰⁷ İlke 19.

⁸⁰⁸ İlke 24.

⁸⁰⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Kara Harbinin Adet ve Kanunlarına dair 1907 (IV nolu) Lahey Sözleşmesi (1907 Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land)* (md. 1 ve 43); Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun *İnsanlığın Barış ve Güvenliği aleyhine Suçlar hakkındaki Sözleşme Taslağı (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind)*; 12 Ağustos 1949 tarihli *Cenevre Sözleşmelerine Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına ilişkin Ek Protokol* (md. 86); *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda)* (md. 6); *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Statute of the International Criminal Court for the former Yugoslavia)* (md. 7); *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü (Rome Statute of the International Criminal Court)* (md. 28); *Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü (Statute of the Special Court for Sierra Leone)* (md. 6); *Karar No. 2000/15, 6 Haziran 2000, Birleşmiş Milletler Doğu Timor Geçiş Dönemi Yönetimi Ciddi Suçlara ilişkin Münhasır Yargı Yetkisi Bulunan Heyetlerin Kurulması (Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Crimes)* (md. 16); *Lübnan Özel Mahkemesi Statüsü (Statute of the Special Tribunal for Lebanon)* (md. 3); *Kamboçya Mahkemelerinde Demokratik Kampuçya Döneminde İşlenen Suçların Kovuşturulması için Olağanüstü Dairelerin Kurulmasına ilişkin Kanun (Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea)* (md. 29) ve *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler (İlke 27)*.

⁸¹⁰ BM Güvenlik Konseyi Karar No. 935 (1994). Bu Komisyonun çalışmaları ileride Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşunun temellerini atacaktı.

Sözleşmesi'nin ⁸¹¹ IV. Maddesinde dolaylı olarak tanıdığı görüşündedir. Benzer biçimde, *İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme*'de de bu hususa ilişkin açık bir hüküm bulunmuyor olmasına rağmen, İşkenceye karşı Komite işkence suçunun faillerini yargılama ve cezalandırma yükümlülüğünü dikkate alarak şu sonuca varmıştır: "Üst yetkililer – kamu görevlileri dahil – bu tür yasaklı faaliyetlerin gerçekleştiğini veya gerçekleşme ihtimalini biliyorlarsa veya bilmeleri gerekiyordusa ve buna dair makul ve gerekli önleyici tedbirleri almamışlarsa astları tarafından işlenen işkence veya kötü muamele suçlarına dair hesap verme mecburiyetinden veya cezai sorumluluktan kaçınamazlar."⁸¹²

Bu ilke, üst düzey Mihver güçleri yetkililerine açılan davalardan⁸¹³ bu yana ve Birleşmiş Milletler'in siyasi organları ⁸¹⁴ tarafından uluslararası ceza mahkemeleri içtihatlarında⁸¹⁵ yaygın bir biçimde

⁸¹¹ *Güvenlik Konseyi kararı 935 uyarınca kurulan Bağımsız Uzmanlar Komisyonu Ön Raporu (Preliminary Report of the Independent Commission of Experts established in accordance with Security Council resolution 935) (1994), UN Doc 1994/1125, s. 28, para. 130.*

⁸¹² *İşkenceye Karşı Komite, Genel Yorum No. 2, Doc. Cit., para. 26.*

⁸¹³ Nürnberg Mahkemesi, 1 Ekim 1946 tarihli karar (Frick Davası) ve Tokyo Mahkemesi, 12 Kasım 1948 tarihli karar. Benzer biçimde bu ilke *Re Yamashita* (ABD Yargıtay Mahkemesi, 4 Şubat 1946); *Von Leeb – "Alman Yüksek Komuta Kademesi Davası"* (Birleşik Devletler Askeri Mahkemesi, Nürnberg, 28 Ekim 1948); *Pohl ve diğerleri* (Birleşik Devletler Askeri Mahkemesi, Nürnberg, 3 Kasım 1947); *List-"Rehine Davası"* (Birleşik Devletler Askeri Mahkemesi, Nürnberg, 19 Şubat 1948); *Herman Roehling et consorts* (Almanya Fransız işgal bölgesi Askeri Hükümeti Genel Mahkemesi, 1946 tarihli karar) davalarına ilişkin kararlarda da dikkate alınmıştır.

⁸¹⁴ Örneğin bakınız, BM Genel Kurul Kararı No. 48/143, 50/192, 51/115 ve No. 49/205 ve önceki BM İnsan Hakları Komisyonu'nun 1994/77 sayılı kararı.

⁸¹⁵ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (16 Kasım 1998 tarihli karar ve 20 Temmuz 2000 tarihli karar, *Savcılık/Zoran Delalic ve diğerleri*, Dosya No, IT-96-21-T; 3 Mart 2000 tarihli karar, *Savcılık/Blaskic*, Dosya No, IT-95-14-T; ve 23 Ekim 2001 tarihli karar, *Savcılık/Zoran Kupreskic ve diğerleri*, Dosya No, IT-95-16-A); Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (2 Eylül 1998 tarihli karar, *Savcılık/Jean Paul Akayesu*, Dosya No, ICTR-96-4-T; 7 Haziran 2001 tarihli karar, *Savcılık/Ignace Bagilishema*, Dosya No, ICTR-95-1A-T; ve 4 Eylül 1998 tarihli karar, *Savcılık/Jean Kambanda*, Dosya No, ICTR- 97-23-S); Sierra Leone Özel Mahkemesi (28 Mayıs 2008 tarihli karar, *Savcılık/Fofana ve Kondewa*, Dosya No, SCSL-04-14-A ve 22 Şubat 2008 tarihli karar, *Savcılık/Brima, Kamara ve Kanu*, Dosya No, No. SCSL-04-16-T); ve Uluslararası Ceza Mahkemesi (Ön Yargılama

tekrarlanarak ifade edilmiştir. Aynı biçimde, ilke ulusal mevzuatta⁸¹⁶ ve yerel mahkemelerin içtihatlarında⁸¹⁷ da kabul edilmektedir.

“Bir amirin (üst düzey yetkilinin) suçlar işlenirken ve akabinde görevlerini yerine getirmemesi gelecekte yeni suçların işlenmesine sebep oluşturacak bir etki yaratabilir.”

Uluslararası Ceza Mahkemesi⁸¹⁸

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, bu ilkenin hem uluslararası hem ülke içi silahlı çatışmalarda geçerli bir uluslararası teamül kuralı olduğu sonucuna varmıştır.⁸¹⁹ Eski Yugoslavya ve Ruanda uluslararası ceza mahkemeleri de bu ilkenin uluslararası teamül kuralı mahiyetinde olduğunu tekrar teyit etmiştir.⁸²⁰

Dairesi II, 15 Haziran 2009 tarihli karar, *Savcılık/Jean Pierre Bemba Gombo*, Dosya No, ICC-01/05-01/08).

⁸¹⁶ Örneğin bakınız: Ermenistan, Ceza Kanunu (Md. 361); Belçika, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 8 Temmuz 1977 tarihli ek Protokol I ve II'nin ciddi ihlallerine dair 16 Haziran 1993 Yasası (Md. 4); Fransa, 8 Ağustos 1944 Kararnamesi (Md. 4); Endonezya, İnsan Hakları Kanunu No. 26/2000 (Art. 42); Nikaragua, Ceza Kanunu (Md. 522); Panama, Ceza Kanunu (Md. 445); Uruguay, 25 Eylül 2006 tarihli Yasa No. 18.026 (Md. 10).

⁸¹⁷ Örneğin bakınız: Kanada Askeri Mahkemesi Temyiz Mahkemesi, *Boland* Davası (1995); Florida Eyalet Mahkemesi (Amerika Birleşik Devletleri), *Ford/García* Davası (2000); ve Doğu Timor İnsan Hakları Mahkemesi, *Abilio Soares* Davası (2002).

⁸¹⁸ Ön Yargılama Dairesi II, 15 Haziran 2009 tarihli karar, *Savcılık/Jean Pierre Bemba Gombo*, Dosya No, ICC-01/05-01/08, para. 424.

⁸¹⁹ *Örfi Uluslararası İnsancıl Hukuk Cilt No. 1 Kurallar (Customary International Humanitarian Law, Volume No. 1 Rules)*, Ed. ICRC, 2007, s. 558 ve devamı. “Kural 153. Komutanlar ve diğer üst rütbeli subaylar, astlarının böylesi suçlar işlediklerini veya işlemek üzere olduklarını biliyorlarsa veya bilmelerini gerektirecek herhangi bir durum varsa ve bu suçların işlenmesini önlemek için ya da suçun zaten işlenmiş olduğu durumda sorumlu kişileri cezalandırmak için imkanları dahilinde olan tüm gerekli ve makul tedbirleri almamışlarsa astları tarafından işlenen savaş suçlarına ilişkin cezai sorumluluk taşır.”

⁸²⁰ Örneğin bakınız: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 16 Temmuz 2003 tarihli karar, *Savcılık/Ensee Hadzihanovic ve Amir Kubura*, N IT- 01-47-AR72 Dosyası; ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 7 Haziran 2001 tarihli karar, *Savcılık/Ignace Bagilishema*, Dosya No, ICTR-95-1A-T, ve 21 Mayıs 1999 tarihli karar, *Savcılık/Kayishema ay Ruzindana*, Dosya No, ICTR-95-1-A.

Amirin cezai sorumluluğu ilkesi, amirin suçun işlenmesini emrettiği veya suç teşkil eden eylemlerin planlanmasında, hayata geçirilmesinde ve gizlenmesinde rol oynadığı vakalarda farklılık gösterir. Böylesi durumlarda amir suçtaki üst akıl veya suçun esas planlayıcı ve yürütücüsü, suçun azmettiricisi, belirleyicisi, suç ortağı veya suça teşvik ve yardım eden kişi olarak cezai sorumluluğa sahiptir. Olgusal açıdan bakılacak olursa, komuta etme sorumluluğu ilkesi, suçun maddi veya düşünsel açıdan esas üreticisi veya ortağı olmayan amirlerin bireysel cezai sorumluluğuna dayanır – yani, astının bir suç işleyecek, işlemekte veya halihazırda işlemiş olduğunu bilen veya bilmesi için yeterli gerekçe olan bir amirin, suçu önlemek veya failleri cezalandırmak için gerekli ve makul tedbirleri almadığı durumlar söz konusudur. Amir, bu konuda derhal harekete geçmeye dair yasal yükümlülüğu olmasına rağmen bunu yerine getirmeyi başaramamıştır. Emirleri altındaki personelin işlediği suçlara tolerans veya cezai ihmal, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kararında olduğu üzere, üstün (yani amirin) cezai sorumluluğu, "amirin derhal harekete geçmeye dair yükümlülüğünün bir sonucu, yani astları tarafından işlenen suçları engelleme veya cezalandırmaya ilişkin ihmeline dair sorumluluk"⁸²¹ olarak yaptırıma tabiidir.

"Bir askeri komutan, doğrudan veya dolaylı olarak bir suçun işlenmesine katkı sağlarsa astlarının hukuk dışı faaliyetlerine dair cezai bakımdan sorumlu tutulabilir [...] Bir askeri komutan hukuk dışı faaliyetin önlenmesi veya durdurulmasını sağlayamama yoluyla da astları tarafından işlenen bir suça dolaylı olarak katkı yapmış sayılır."

Uluslararası Hukuk Komisyonu⁸²²

ICPED'in taslağının hazırlanması ve müzakere edilmesi sürecinde, birçok hükümet heyetinin, hiyerarşide üstte olanların cezai sorumluluğuna ilişkin (suç ortaklığı, suç tezgahlama ve diğer suça iştirak biçimlerinden farklı bir cezai sorumluluk biçimi olmasından

⁸²¹ 15 Mart 2006 tarihli karar, *Savcılık/Ensee Hadzihasanovic ve Amir Kubura*, Dosya No, IT-01-47-T, para. 75.

⁸²² 48. oturumunun faaliyetlerine dair Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu, 6 Mayıs-26 Temmuz 1996 (*Report of the International Law Commission on the work of its 48th session, 6 May- 26 July 1996*), Genel Kurul Resmi Kayıtları, 6. Madde'ye ilişkin Yorum üzerine Ek No.10 (A/51/10), s. 25, para. 1.

dolayı) sözleşmede açık ve ayrı bir hükme ihtiyaç olduğunu vurguladığını da ifade etmek gerekir.⁸²³

Aslında, hiyerarşide üstte olanların cezai sorumluluğu ilkesinin temelleri komuta etme sorumluluğu veya sorumlu komuta ilkesinde bulunmaktadır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin de onayladığı üzere: Sorumlu komuta ve komuta etme sorumluluğu kavramları ayrı ancak özünde birbirine bağlıdır. İlki kişinin hiyerarşide üstte olma statüsünden kaynaklanan yükümlülüklerle işaret ederken, amirlerin sorumluluğu (komuta etme sorumluluğu) kavramı bu yükümlülüklerin ihlalinin cezai sonuçlarıyla ilgilidir.⁸²⁴ Bu şekilde, "komuta etme sorumluluğunu oluşturan unsurlar, sorumlu komutanın unsurlarından türetilmektedir."⁸²⁵

Fakat hiyerarşide üstte olanların cezai sorumluluğu ilkesi hem askeri hem sivil alanlarda geçerlidir. Bununla beraber, sivil alan söz konusu olunca ilkenin belli özel anlamları bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu, ilkenin suçu işleyen astın hiyerarşide hemen üstündeki (yani doğrudan bağlı olduğu amir) kişiye ilişkin olarak uygulandığını; "askeri emir-komuta zincirindeki veya hükümet hiyerarşisindeki diğer üstlerine [ise] yalnızca gerekli kriterler karşılandığında"⁸²⁶ uygulandığını ifade etmiştir. Uluslararası Ceza Mahkemesi, Roma Statüsü'nün 28. Maddesindeki "askeri komutan" ibaresinin anlamının "askeri komuta işlevini yerine getirmek için resmen veya yasal olarak atanan kişiler (yani *de jure* - veya hukuken - komutanlar)"

⁸²³ Tüm kişilerin zorla kaybetmeden korunmasına ilişkin yasal olarak bağlayıcı normatif bir belge taslağı oluşturmak adına Oturumlararası Açık Uçlu Çalışma Grubu'nun Raporu (*Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance*), UN Doc. E/CN.4/2004/59, 23 Şubat 2004, para. 55 ve devamı.

⁸²⁴ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Temyiz Dairesi, 16 Temmuz 2003 tarihli karar, *Savcılık/Ensee Hadzihanovic ve Amir Kubura*, N. IT-01-47 AR72 Davası, para. 22 ve devamı.

⁸²⁵ A.g.e., para. 22.

⁸²⁶ 48. oturumunun faaliyetlerine dair Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu, 6 Mayıs-26 Temmuz 1996 (*Report of the International Law Commission on the work of its 48th Session, 6 May-26 July 1996*), Genel Kurul Resmi Kayıtları, 51. oturum, 6. Maddeye ilişkin Yorum üzerine Ek No.10 (A/51/10), para. 4, s. 25-26.

olduğunu belirterek Öyle devam etmiştir: "Kavram, rütbe veya seviyelerinden bağımsız olarak silahlı kuvvetler içerisinde komuta sorumluluğu olan tım kişileri kapsamaktadır. Bu bağlamda, bir askeri komutan emir-komuta zincirinde en üstte bulunan kişi olabileceği gibi, komutasında yalnızca birkaç er olan düşük düzeyli birisi de olabilir. Bu hüküm kapsamında ifade edilen askeri komutan kavramı, amirin yalnızca askeri bir işlevi olmadığı durumları da içermektedir."⁸²⁷ Mahkeme, ayrıca, yine Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'nün 28. Maddesinde geçen "askeri bir komutan olarak hareket eden" ibaresinin geniş kapsamlı olduğunu ve resmi ya da yasal olarak askeri komuta iŐleviyle görevlendirilmemiŐ ancak gerçekte emir-komuta zinciri içerisinde fiilen bu işlevi gören⁸²⁸ ve dolayısıyla işlev açısından "askeri komutanlar"⁸²⁹ ile benzeŐen kişileri de içerdiğini belirtmiştir. Mahkeme, bu kategori içerisine devletlerin askeri olmayan güvenlik güçleri, gayri nizami kuvvetler, paramiliter yapılar ve silahlı muhalefet gruplarının baŐlarında bulunanlar ve bunların üst düzey yetkililerini dahil etmiştir.

"Bu atfedilen cezai ihmal sorumluluğu, üst rütbeli astlarının suç işlemek üzere veya işlemiş olduklarını biliyorsa veya bilmesi için gerekli neden varsa ve bu suçların işlenmesini engellemek veya işleyenleri cezalandırmak için gerekli ve makul adımları atmamıŐsa geçerli olur."

Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri⁸³⁰

Hiyerarşide üstte olanların cezai sorumluluğu ilkesi bir "mutlak sorumluluk" hali – ki bu uluslararası hukukta yasak kabul edilir – teşkil etmemektedir.⁸³¹ Mutlak cezai sorumluluğuğun yasak olması

⁸²⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ön Yargılama Dairesi II, 15 Haziran 2009 tarihli karar, *Savcılık/Jean Pierre Bemba Gombo*, Dosya No, ICC-01/05-01/08, para. 408.

⁸²⁸ *A.g.e.*, para. 409.

⁸²⁹ *A.g.e.*, para. 410.

⁸³⁰ *Karar 808 (1993) 2. paragraf uyarınca Genel Sekreter tarafından sunulan Rapor (Report presented by the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Resolution 808 (1993) of the Security Council*, UN Doc. 25704, 20 Mayıs 1993, Para. 56.

⁸³¹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: IV Cenevre Sözleşmesi (md. 33); Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol II (md. 75.4 (b)); Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I (md. 6.2 (b)); *Silahlı Çatışma Durumunda Kültürel Mülklerin Korunmasına ilişkin İkinci Protokol (Second Protocol for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict)* (15 ve 16. Maddeler); *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi*

hususunda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun vurguladığı üzere, "yine de bu kısıtlama kişilerin suç ortaklığı, suç tahrik veya suç örgütüne iştirak gibi halihazırda varolan bireysel cezai sorumluluk gerekçelerine dayanarak yargılanmasının önüne geçmediği gibi köklü ve iyi bilinen üstün (amirin) sorumluluğu doktrininden kaynaklanan şahsi hesap verme sorumluluğunu da ortadan kaldırmaz."⁸³² Bu, yasağa bir istisna değildir: Basitçe hem uluslararası doktrinde hem de içtihadta belirtildiği üzere, hiyerarşide üstte olanların astlarının işlediği suçlara ilişkin cezai sorumluluğu bir mutlak cezai sorumluluk hali teşkil etmez.⁸³³ Uluslararası içtihat uyarınca bu ilke, manevi bir unsur olan kastı (*mens rea*) – yani bilişsel ve iradi bir unsur – gerektirir ve bu da suç işleme niyeti olarak kabul edilen cezai ihmale dayandırılır.⁸³⁴

Hiyerarşik olarak üstte olanların cezai sorumluluğu olması için üst ile suçu işleyen ast arasında hiyerarşik bir güç ilişkisi olması yeterli değildir; uluslararası hukuk uyarınca üç unsurun bulunması gerekir:

- Ast ve üst arasında bir taabiyet ve etkili denetim ilişkisinin varlığı;
- Üst tarafından suçun işleneceğinin, işlenmekte olduğunun veya işlenmiş olduğunun bilinmesi;

Statüsü (md. 7); *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 6); *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü* (md. 25); ve *Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü* (md. 6).

⁸³² *Terörizm ve İnsan Hakları Raporu*, Doc. Cit., para. 227.

⁸³³ Uluslararası Kızılhaç Komitesi (UKK), I. Cenevre Sözleşmesi Madde 86 üzerine Yorum ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 2 Eylül 1998 tarihli karar, *Savcılık/Jean Paul Akayesu*, Dosya No, ICTR-96-4-T, para. 488 ve devamı.

⁸³⁴ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Amerika Birleşik Devletleri Askeri Mahkemesi, Nürnberg, 28 Ekim 1948 tarihli karar, *Birleşik Devletler/Wilhelm von Leeb ve diğerleri (Denetim Konseyi Yasası No. 10 Uyarınca Savaş Suçlularının Nürnberg Askeri Mahkemesi Tarafından Yargılanmaları (Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No.10), Nürnberg*, Ekim 1946 – Nisan 1949, 1949-1953, cilt. XI s. 543-544); Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 16 Kasım 1998 tarihli karar ve 20 Temmuz 2000 tarihli karar, *Savcılık/Z Delalic ve diğerleri*, Dosya No, IT- 96-21-T, ve 26 Şubat 2001 tarihli karar, *Savcılık/Dario Kordic ve Mario Cerkez*, Dosya No, IT-95-14/2; ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 7 Haziran 2001 tarihli karar, *Savcılık/Ignace Bagilishema*, Dosya No, ICTR-95-1A-T, para. 44 ve devamı.

- Üstün suçı engellemek, sona erdirmek veya faili cezalandırmak için gerekli ve makul tedbirleri alma yükümlülüğünü ihlali.

Birinci unsura istinaden, üst ve kanuna aykırı davranışı gerçekleştiren ast arasında resmi bir taabiyet ilişkisinin bulunmasının tek başına yeterli olmadığını ifade etmek gerekir; buna göre üstün astı üzerinde etkili denetimi olması da lazımdır. Bu ilişki, uluslararası ceza içtihadında tekrarlandığı üzere, hem hukuki (*de jure*) hem de fiili (*de facto*) olabilir.⁸³⁵ Astları tarafından gerçekleştirilen fiiller üzerinde üstlerin etkili denetimi olması – yani, suçların işlenmesini engellemeleri ve failleri cezalandırmalarının somut olarak mümkün olması – temel kriter olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla üst-ast ilişkisi hukuki veya fiili olabilir; burada belirleyici etken üst olan kişinin astı üzerinde – hukuki veya fiili fark etmeksizin – etkili denetimi olmasıdır.

Hükümete bağlı ve paramiliter güçler ile silahlı muhalefet gruplarını da içeren bir kategori olan ‘askeri komutanlar’ söz konusu olduğunda, uluslararası içtihat uyarınca, böyle bir komutanlık vasfının astları veya emrindeki birlikler üzerinde etkili denetim anlamına geldiği varsayımı yapılmaktadır.⁸³⁶

⁸³⁵ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi: (21 Mayıs 1999 ve 1 Haziran 2001 tarihli kararlar, *Savcılık/Kayishema* ve *Ruzindana* Dosya No, ICTR-95-1-A; 7 Haziran 2001 tarihli karar, *Savcılık/Ignace Bagilishema*, Dosya No, ICTR-95-1A-T; ve 2 Eylül 1998 tarihli karar, *Savcılık/Jean Paul Akayesu*, Dosya No, ICTR-96-4-T); Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (16 Kasım 1998 tarihli karar ve 20 Temmuz 2000 tarihli karar, *Savcılık/Zoran Delalic ve diğerleri*, Dosya No, IT-96-21-T; 3 Mart 2000 tarihli karar, *Savcılık/Blaskic*, Dosya No, IT-95-14-T; 23 Ekim 2001 tarihli karar, *Savcılık/Zoran Kupreskic ve diğerleri*, Dosya No, IT- 95-16-A; 21 Haziran 1999 tarihli karar, *Savcılık/Zlatko Aleksovski*, Dosya No, IT-95- 14/1; 21 Haziran 2001 tarihli karar, *Savcılık/Kunarac ve Kovac*, Dosya No, IT-96- 23-T ve IT-96-23/1-T; ve 16 Haziran 2004 tarihli karar, *Savcılık/Slobodan Milosevic*, Dosya No. IT-02-54-T); Sierra Leone Özel Mahkemesi (28 Mayıs 2008 tarihli karar, *Savcılık/Fofana ve Kondewa*, Dosya No, SCSL-04-14-A; ve 22 Şubat 2008 tarihli karar, *Savcılık/Brima, Kamara, ve Kanu*, Dosya No, No. SCSL-04-16- T); ve Uluslararası Ceza Mahkemesi (Ön Yargılama Dairesi II, 15 Haziran 2009 tarihli karar, *Savcılık/Jean Pierre Bemba Gombo*, Dosya No, ICC-01/05-01/08).

⁸³⁶ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 20 Temmuz 2000 tarihli karar, *Savcılık/Z Delalic* ve diğerleri, Dosya No, IT-96-21-T.

Uluslararası içtihadta etkili denetimi saptamak için çeşitli kriter ve unsurlar kullanılmıştır: Üstün resmi mevkisi; üstün emir verme ve bunlar uygulatma gücü; üstün astı üzerinde disiplin verici veya cezalandırıcı otoritesi; üstün askeri hiyerarşi içerisindeki konumu ve gerçekte yerine getirdiği görevler ve elbette üstün astlarını terfi, tayin ve işten çıkarmaya dair yetkisi.⁸³⁷

İkinci unsura, yani kasta (*mens rea*) veya bilişsel ve iradi unsura istinaden şunu ifade etmek gerekir: Üstün suçun işlenmek üzere olduğu, işlenmekte olduğu veya halihazırda işlenmiş olduğuna dair "hakikaten bilgi sahibi" veya "fiilen bilgi sahibi" olması veya bunu bilmesi için neden veya gerekçe bulunması lazımdır. Bu sonucunu uluslararası içtihadta "çıkarsanan", "yoruma dayanan" veya "atfedilebilen" bilgi olarak tanımlanmıştır.⁸³⁸ Ancak askeri komutan olmayan amirler söz konusu olduğunda, "yoruma dayalı bilgi" veya "bilgi"nin varolduğu sonucuna varılabilmesi için uluslararası içtihatlar uyarınca bu sivil üstlerin astları tarafından suçun işlenmek üzere, işlenmekte veya işlenmiş olduğuna dair bilgiyi kasten görmezden gelmiş olması gerektiğini belirtmek lazımdır.⁸³⁹ Bu kısıtlı kapsam kriteri, *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*⁸⁴⁰ ve başka uluslararası belgelerde⁸⁴¹ billurlaşmış şekilde bulunmaktadır. Bu bakımdan, doktrin ve içtihat uyarınca, kamusal alanda böylesi bilginin varlığı veya suçlara (hazırlıklarına veya işlenmesine) dair geniş kamusal farkındalığın yoruma dayalı bilgi (yani bildiği yorumunun yapılabilir olması)

⁸³⁷ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 15 Mart 2006 tarihli karar, *Savcılık/Ensee Hadzihasanovic ve Amir Kubura*, Dosya No, IT-01-47-T, para. 83 ve devamı ve 16 Haziran 2004 tarihli karar, *Savcılık/Slobodan Milošević*, Dosya No, IT-02-54-T, para. 304- 309; ve Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ön Yargılama Dairesi II, 15 Haziran 2009 tarihli karar, *Savcılık/Jean Pierre Bemba Gombo*, Dosya No, ICC-01/05-01/08, para. 417.

⁸³⁸ Diğerlerinin yanı sıra bakınız, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcılık/Kayishema* ve *Ruzindana*, Doc. Cit., ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1 Eylül 2004 tarihli karar, *Savcılık/Radoslav Brđjanin*, Dosya No, IT-99-36-T, para. 281 ve devamı.

⁸³⁹ Örneğin bakınız, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Savcılık/Kayishema* ve *Ruzindana*, Doc. Cit., para. 703.

⁸⁴⁰ Madde 6.

⁸⁴¹ *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü* (Md. 28(b)) ve *Lübnan Özel Mahkemesi Statüsü* (Md. 3).

şartının sağlanması için yeterli zemin sağladığını da ifade etmek gerekir.⁸⁴² Benzer biçimde, içtihadattan hareketle, böylesi bilginin varlığı sivil üste insan haklarına ilişkin sivil toplum örgütleri, hükümetlerarası kuruluşların yetkilileri veya temsilcileri, veya üçüncü ülkelerden temsilciler veya yetkililer tarafından suçlu engelleme veya durdurma çağrısının yapılmış olduğu durumlarda da çıkarılabilir.⁸⁴³ Ayrıca, üstün suçun işlenmiş veya planlanmış olduğu yerde fiziken bulunması da bildiği yorumunun yapılabilmesi şartının sağlandığına ilişkin çıkarım yapılabilmesine olanak verir.

Uluslararası içtihadta "fiilen bilgi sahibi"⁸⁴⁴ olmanın varsayılabilir bir husus olmadığı, bunun doğrudan veya dolaylı kanıt yoluyla saptanması gerektiği vurgulanmıştır. Ancak, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi, böylesi bir bilginin varlığının "apriori [askeri komutan] gözetim sistemleri ve bilgi ağları ile donatılmış örgütlü bir yapı içerisinde" bulunuyorsa saptanmış sayılabileceğini belirtmiştir.⁸⁴⁵

Üçüncü unsura istinaden, burada üstün astlarının suç işlemlerini önlemek, durdurmak veya failleri ya doğrudan kendisi olarak ya da olayı soruşturma makamlarına ve/veya yetkin yargı mercilerine ileterek cezalandırmak adına elinde bulundurduğu somut güç veya hareket kabiliyeti söz konusu olduğundan, uluslararası içtihat ve

⁸⁴² Örneğin bakınız, 12 Kasım 1948 tarihli karar, *Koki Hirota Davası, Uzak Doğu için Uluslararası Askeri Mahkeme Duruşma Kayıtları (1946-1949) (Record of Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East (1946-1949))*, cilt 20, s. 49, 791 ve 49, 831, yeniden basımı: J.R. Pritchard (ed.), *Tokyo Savaş Suçları Davası (The Tokyo War Crimes Trial)*, Garland, New York, 1981-1988; Cenevre Sözleşmelerine ek Protokol I'ın 86. Maddesine dair Uluslararası Kızılhaç Komitesi Yorumu, para. 3545 ve 3546.

⁸⁴³ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 16 Haziran 2004 tarihli karar, *Savcılık/Slobodan Milosevic*, Dosya No, IT-02-54-T, para. 304- 309.

⁸⁴⁴ Dięerlerinin yanı sıra, bakınız: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1 Eylül 2004 tarihli karar, *Savcılık/Brđjanin*, Dosya No, IT-99-36-T, para. 278, ve 15 Eylül 2008 tarihli karar, *Savcılık/Delić*, Dosya No, IT-04-83-T, para. 64; ve Uluslararası Ceza Mahkemesi, 15 Haziran 2009 tarihli karar, *Savcılık/Jean Pierre Bemba Gombo*, Dosya No, ICC-01/05-01/08, para. 430.

⁸⁴⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesi, 15 Haziran 2009 tarihli karar, *Savcılık/Jean Pierre Bemba Gombo*, Dosya No, ICC-01/05-01/08, para. 431 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 15 Mart 2006 tarihli karar, *Savcılık/Ensee Hadzihasanovic ve Amir Kubura*, Doc. Cit. para. 94.

doktrinin bunu "fiziksel" veya "maddi" unsur olarak nitelediğini ifade etmek gerekir. Uluslararası içtihadta, suçları önleme veya durdurma veya faileri cezalandırma için harekete geçme kabiliyetinin ilgili kısmının üstün "somut gücü" kapsamında olduğu vurgulanarak, bunun onun "resmi ve kanuni yetki alanı"ndan fazlasına işaret ettiği belirtilmiştir.⁸⁴⁶ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, "bazı durumlarda, harekete geçmek için somut gücü olduğu kanıtlanmışsa, bir üstün resmi olarak gerekli yasal otoriteye sahip olup olmamasının pek bir önemi olmaz"⁸⁴⁷ diyerek bunu tasdik etmiştir.

Eğer, belli vakalarda olduğu gibi, amirin hiçbir yasal cezalandırma yetkisi (cezai veya disipliner anlamda) bulunmuyorsa, suç durdurmak için gerekli adımları atma yükümlülüğu, söz konusu vakayı yetkin cezai veya disipliner otoritelere aktarma anlamındaki somut gücünün hayata geçirilmesi olarak yorumlanmalıdır.⁸⁴⁸ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi bu yükümlülüğün suçun işlenmesinden sonra göreve gelen askeri veya sivil amirlere dahi bu biçimde uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır: Yani bu kişilerin suçları soruşturma, gerçekleri açığa çıkarma ve vakayı yetkin otoritelere aktarma yükümlülükleri bulunmaktadır.⁸⁴⁹

Bu somut güç veya maddi kabiliyet üç farklı zaman dilimi için geçerlidir: Suçtan öncesi, suç sırası ve suçtan sonrası. Uluslararası Ceza Mahkemesi amirin bu anların her birine özel, belirli bir görevi

⁸⁴⁶ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 26 Şubat 2001 tarihli karar, *Savcılık/Dario Kordic ve Mario Cerkez*, Doc. Cit., para. 443 ve devamı; 3 Mart 2000 tarihli karar, *Savcılık/Blaskic*, doc. Cit., para. 336 ve devamı; 15 Mart 2006 tarihli karar, *Savcılık/Ensee Hadzihasanovic ve Amir Kubura*, Doc. Cit., para. 122 ve devamı.

⁸⁴⁷ 15 Mart 2006 tarihli karar, *Savcılık/Ensee Hadzihasanovic ve Amir Kubura*, Doc. Cit., para. 122. Aynı şekilde bakınız, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 21 Mayıs 1999 tarihli karar, *Savcılık/Kayishema ve Ruzindana*, Doc. Cit., para. 230.

⁸⁴⁸ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 26 Şubat 2001 tarihli karar, *Savcılık/Dario Kordic ve Mario Cerkez*, Doc. Cit., para. 446; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 7 Haziran 2001 tarihli karar, *Savcılık/Ignace Bagilishema*, Doc. Cit., para. 50; ve Uluslararası Ceza Mahkemesi, 15 Haziran 2009 tarihli karar, *Savcılık/Jean Pierre Bemba Gombo*, Doc. Cit., para. 440.

⁸⁴⁹ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 26 Şubat 2001 tarihli karar, *Savcılık/Dario Kordic ve Mario Cerkez*, Doc. Cit., para. 446.

olduğu hükmüne varmıştır.⁸⁵⁰ Dolayısıyla Mahkeme, bir askeri komutanın astlarının işlediği bir suçu bilmesine rağmen (“fiili” veya “atfedilebilir” bilgi) önlemediği için, sonrasında suçun faillerini cezalandırmak için gerekli adımları atmıŐ dahi olsa, bir amir olarak cezai sorumluluğu bulunduğuna kanaat getirmiştir.⁸⁵¹

Elbette ki, uluslararası içtihatta da ifade edildiği üzere, bir suçu önlemek, işlenirken durdurmak veya faillerini cezalandırmak adına imkansızın gerçekleŐtirilmesi talep edilemez.⁸⁵² Uluslararası hukuk bu bağlamda “gerekli” ve “makul” adımların atılmasını zorunlu kılmaktadır.⁸⁵³ Bunlar da her bir olayda amirin somut gücü iŐıđında ve etkili denetiminin düzeyi ile bir suçu önleme, durdurma veya failleri cezalandırmaya dair hukuki veya fiili yetkisi bağlamında değerlendirilmelidir. Yani, yükümlölüklerin ihlali amirin hukuki veya fiili gücü iŐıđında vaka bazında değerlendirilerek yapılması zorunlu olanın yapılıp yapılmadığına karar verilmeli ve cezai sorumluluğa dair hüküm verilmelidir. Bu hususta, Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi’nin kararına göre, “bir amir ancak gücü ve yetkisi dahilindeki adımları atmadığı ve tedbirleri almadığı için cezai olarak sorumlu tutulabilir. O halde sorulması gereken hangi eylemlerin bu bakımdan amirin gücü dahilinde sayılacağıdır. [...] Bir amir maddi

⁸⁵⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesi, 15 Haziran 2009 tarihli karar, *Savcılık/Jean Pierre Bemba Gombo*, Doc. Cit., para. 436.

⁸⁵¹ A.g.e. Aynı bağlamda, bakınız, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi: 3 Mart 2000 tarihli karar, *Savcılık/BlaŐkić*, Doc. Cit., para. 336 ve 15 Mart 2006 tarihli karar, *Savcılık/Ensee Hadzihanovic ve Amir Kubura*, Doc. Cit., para. 126.

⁸⁵² Örneđin bakınız: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 15 Mart 2006 tarihli karar, *Savcılık/Ensee Hadzihanovic ve Amir Kubura*; 3 March 2000 tarihli karar, *Savcılık/Blaskić*; ve 16 Kasım 1998 tarihli karar ile 20 Temmuz 2000 tarihli karar, *Savcılık/Z Delalić ve diğerleri*, Doc. Cit.

⁸⁵³ *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran Roma Statüsü ve Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* “gerekli ve makul tedbirler” ifadesini kullanır; *Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü ve Lübnan Özel Mahkemesi Statüsü* “gerekli ve makul tedbirler” ifadesini kullanır. *Yasa Dışı, Keyfi ve Hukuk dışı İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* “makul fırsat/olanak” ifadesini kullanır.

imkanları dahilindeki tedbirleri almamaktan ve adımları atmamaktan sorumlu tutulmalıdır.”⁸⁵⁴

Somut güç veya maddi kabiliyetin kapsamını belirlemek için göz önüne alınması gereken birçok unsur vardır: Hiyerarşi içerisindeki ve emir-komuta zincirindeki konumlar; astlarının üzerinde disiplinler ve hatta yargısal yetki (birçok ülkenin askeri ceza kanununda var olan ‘hakim-komutan’ statüsü gibi); ve etkili denetim düzeyi. Ancak, uluslararası içtihatla belirtildiği üzere, bu hususta genel ve soyut bir kural belirlemek mümkün değildir.⁸⁵⁵ Bu bağlamda, amirin somut gücü veya maddi kabiliyetinin soyut düzlemde ele alınamayacağı, tam tersine bireysel olarak, ayrı ayrı değerlendirilmesi ve sonucun her bir vakanın özgün koşullarına bağlı olması gerektiği uluslararası içtihatlarda defalarca tekrarlanmıştır.⁸⁵⁶

b. Örgütlü bir iktidar aygıtının kontrolünü elinde tutmak yoluyla suçun faili olma

Örgütlü bir iktidar aygıtının kontrolünü elinde tutmak yoluyla bireysel cezai sorumluluk taşımak günümüz ceza hukukunca – hem yasalarda⁸⁵⁷ hem de içtihat hukuku ve doktrininde⁸⁵⁸ – geçerliliği

⁸⁵⁴ 16 Kasım 1998 tarihli karar, *Savcılık/Z Delalic and others*, Doc. Cit., para. 395. See also, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 26 Şubat 2001 tarihli karar, *Savcılık/Dario Kordic & Mario Cerkez*, Doc. Cit., para. 443 ve devamı; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 7 Haziran 2001 tarihli kararı, *Savcılık/Ignace Bagilishema*, para. 48; ve Uluslararası Ceza Mahkemesi, 15 Haziran 2009 tarihli karar, *Savcılık/Jean Pierre Bemba Gombo*, Doc. Cit., para. 443.

⁸⁵⁵ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 16 Kasım 1998 tarihli karar, *Savcılık/Z Delalic ve diğerleri*, Doc. Cit., para. 394, ve Uluslararası Ceza Mahkemesi, 15 Haziran 2009 tarihli karar, *Savcılık/Jean Pierre Bemba Gombo*, Doc. Cit., para. 443.

⁸⁵⁶ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi: 21 Haziran 1999 tarihli karar, *Savcılık/Zlatko Aleksovski*, Doc. Cit., para. 81; 16 Kasım 1998 tarihli karar, *Savcılık/Z Delalic ve diğerleri*, Doc. Cit., para. 394; ve 15 Mart 2006 tarihli karar, *Savcılık/Ensee Hadzihasanovic ve Amir Kubura*, Doc. Cit., para. 122 ve devamı; ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 7 Haziran 2001 tarihli karar, *Savcılık/Ignace Bagilishema*, Doc. Cit., para. 48 ve 21 Mayıs 1999 tarihli karar, *Savcılık/Kayishema ve Ruzindana*, Doc. Cit., para. 231.

⁸⁵⁷ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Almanya Ceza Kanunu (md. 25); Bolivya Ceza Kanunu (md. 20); Kosta Rika Ceza Kanunu (md. 45); ve El Salvador Ceza Kanunu (md. 34) (Decreto Legislativo No. 617 2008).

kabul görmüş bir kavramdır. Bu bireysel cezai sorumluluk biçimi, uluslararası ceza hukukunda da tanınmaktadır.⁸⁵⁹

Bu cezai sorumluluk biçimi, hukuk dışı infaz, zorla kaybetme ve insanlığa karşı suçlar gibi uluslararası hukukta suç teşkil eden eylemlere ilişkin ulusal mahkemelerde mahkumiyet kararı çıkarmada kullanılmıştır. Bunun ilk emsallerinden birisi, İsrail mahkemesinin Adolf Eichmann hakkında soykırım suçuna ilişkin verdiği hükümdür.⁸⁶⁰ Mahkeme, "dolaylı olarak fail olma" ibaresinin İbranice'sini kullanmamış olsa dahi, Eichmann'ın cezai sorumluluğunun hem olgusal hem yasal olarak tanımlanma biçimi günümüzde hem içtihatla hem doktrinde "dolaylı olarak fail olma" şeklinde ifade edilen ve anlaşılan hale tekabül etmektedir.

Amerika kıtasında, Peru, Arjantin, Şili ve Kolombiya'daki mahkemeler zorla kaybetme, hukuk dışı infaz ve başka ciddi insan hakkı ihlali vakalarında bu doktrini uygulamışlardır.⁸⁶¹ Dolaylı

⁸⁵⁸ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Roxin, Klaus, "Voluntad de dominio of the acción mediante aparatos de poder organizados", *Doctrina Penal*, sene VIII, Temmuz/set. 1985, N 31, Buenos Aires, s. 400 ve devamı; Roxin, Klaus, *Dogmática Penal ve Política Criminal*, Ed. IDEMSA, Lima, 1998; Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, Tipográfica-editorial Argentina, Buenos Aires, 1956, 3. baskı, Cilt II, s. 258; Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Ediciones Temis / ILANUD, Bogotá, 1984, s. 196; Eugenio Raul Zaffaroni, *Tratado de derecho Penal – Parte General*, Cilt IV, Ed. Edier, Buenos Aires, 1984, s. 287 ve devamı; Hernández Placencia, José, *La autoría mediata in derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 1996; ve Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho Penal – Parte General*, Universidad Externado de Colombia, 6. baskı, Bogotá 1979, s. 174-175.

⁸⁵⁹ Ancak tanımlarda değişkenlik olabilmektedir; örneğin bakınız: *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü* Madde 25(3)(a); Birleşmiş Milletler Doğu Timor Geçiş Dönemi Yönetimi'nin 2000/15 sayılı Kararları, 6 Haziran 2000 Ciddi Suçlara ilişkin Münhasır Yargı Yetkisi Bulunan Heyetlerin Kurulması Madde 14 (3)(a); ve Lübnan Özel Mahkemesi Statüsü Madde 3 (1)(a).

⁸⁶⁰ İsrail Yargıtay Mahkemesi, 29 Mayıs 1962 tarihli karar, *İsrail Başsavcılığı/Eichmann Davası* (yeniden basım: *Uluslararası Hukuk Raporları (International Law Reports)*, Cilt No. 36, s. 297).

⁸⁶¹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Peru (Yüksek Adalet Divanı, Özel Ceza Dairesi, 7 Nisan 2009 tarihli karar, Exp. No. A.VS. 19 - 2001, Lima, *Alberto Fujimori Fujimori'ye karşı Dava / Suçları: Cinayet, saldırı ve yaralama ve insan kaçırma*; ve Lima Yüksek Mahkemesi, 8 Nisan 2008 tarihli karar, Exp. No. 03-2003-1 SPE/CSJLI, *Julio Rolando Salazar Monroe ve diğerlerine karşı Dava*, ve 1 Ekim 2010 tarihli karar, Exp. No. 28-2001, *Barrios Altos Davası*); Arjantin (Federal Başkent Ulusal Ceza ve Islah Dairesi

olarak, örgütlü bir iktidar aygıtı yoluyla, bireysel cezai sorumluluk edinme doktrinin dayandığı temel, amirlerin böylesi bir iktidar aygıtı veya belli bir düzeyde karar verme süreçleri üzerinde egemenliği ve denetimi veya yapının kendisi üzerinde bu birimin bir üyesi tarafından işlenen herhangi bir suçun fail olarak amire atfedilebilir olmasını sağlayacak ölçüde kontrolü olmasıdır. Doktrinde ve içtihadta, bu şekilde arka planda faaliyet göstererek fail olan kişiden “perde arkasındaki kişi” veya “failin ardındaki fail” olarak da bahsedilmektedir. Burada failin kendisi üzerinde kontrole dayanan klasik bireysel sorumluluk teorisi, bir yapının işlediği suçun söz konusu olması gereği – yani bunun doğası gereği – dönüştürülmüştür ve bireysel sorumluluk, örgütlü bir iktidar aygıtının kontrolünü elinde tutmaya dayanır hale getirilmiştir.

Dolaylı olarak, örgütlü bir iktidar aygıtının kontrolünü elinde tutma yoluyla bireysel cezai sorumluluk edinme doktrininin vaka bazında uygulanması için birkaç şart aranmaktadır. Bunlar:

- Örgütlü bir iktidar aygıtının varlığı;
- Bu örgütlü iktidar aygıtı içerisinde bir komuta ve/veya denetim pozisyonunun bulunması;
- Doğrudan (yani dolaylı olmayan) failin örgütlü iktidar aygıtının bir üyesi olması ve bu kişinin ikame edilebilirliği.

Ancak birtakım doktrin ve içtihat akımlarının “iktidar aygıtının yasal sistemden ayrı olması” ve “[failin] eylemi yerine getirmeye son derece elverişli olması” gibi başka şartların varlığına da işaret etmiş

(National Chamber for Criminal and Correctional Matters of the Federal Capital), 9-12 Aralık 1985 tarihli karar, *Askeri cuntalar davası– Dava N 13* (1985); Tucumán Federal Ceza Mahkemesi Sözel Davalar Dairesi (Chamber of Oral Trials in Tucumán Federal Criminal Court), *Askeri cuntalar davası – Dava N 13* (1985); Tucumán Federal Ceza Mahkemesi Sözel Davalar Dairesi, *Videla, Jorge Rafael* Davası, Aynı suçtan ikinci kez yargılanma (çifte yargılama) yasağı ilkesinin ve görevsizliğin revizyonu; Dava: “*Vargas Aignasse Guillermo İnsan kaçırma ve kaybetme*”.- Expte. V - 03/08.-); Şili (Yüksek Adalet Divanı, 21 Eylül 2007 tarihli karar, Rol N 3744-07); ve Kolombiya (Kolombiya Yüksek Adalet Divanı, 23 Şubat 2010 tarihli karar, Dosya No. 32805, *Álvaro García Romero – Macayepo* Davası; 29 Eylül 2003 tarihli karar, Dosya No. 19734, 10 Haziran 2008 tarihli ilam, Dosya No. 29268; ve Circuit de Bogotá 51. Ceza Mahkemesi, 28 Nisan 2011 tarihli karar, Dava no. 2009-0203, *General (r) Armando Arias Cabrales Plazas Vega / Adalet Sarayı Davası*).

olduklarını belirtmek gerekir.⁸⁶² Buna karşın, içtihat ve doktrinin günümüzde gelmiş olduğu noktada yalnızca yukarıda çerçevesi sunulan üç hususta mutabakat sağlandığını söylemek mümkündür.

Öncelikle, örgütlü bir iktidar aygıtının var olması gerekir. Bunun da nispeten kalıcı olması veya hukuki ya da fiili olarak karar verici ve yönetici düzey ile icraat yapılan düzey arasında işlevsel farklılaşmaya dayalı dikey bir yapılanması olması lazımdır. Güç aygıtının yasal veya yasa dışı, meşru veya gayrimeşru olması bu açıdan önemsizdir: Esas olan nesnel, maddi güç ekseninde örgütlenmiş bir yapının bulunmasıdır. Dolaylı olarak fail olma doktrini, hem yasal (devletin orduları veya güvenlik güçleri) hem de yasa dışı (paramiliter gruplar, terör örgütleri ve mafya) örgütlü iktidar aygıtları bağlamında uygulanmıştır. Dolayısıyla örgütlü iktidar aygıtının yasallığı veya meşruiyetine dair bir değerlendirme yapılmaz. Burada önemli olan, "örgütlü aygıtın yeterli derecede nesnel bir yapılanması" bulunması ve bu sayede denetimi elinde tutan veya karar verici yetkisi olan kişilerin işlenen suçlardan – suçu fiilen işleyen veya suça iştirak edenlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaya dahi – sorumlu tutulabilmesidir. Bu yapının yasal olarak düzenlenmiş olması gerekmez; mühim olan suça ilişkin (hukuken veya fiilen) bir çeşit "iş bölümü" içeren işlevsel ve somut olarak dikey bir yapılanma şeklinde faaliyet göstermesi, bunun büyük oranda anlaşılabilir olması ve içinde emir-komuta zincirleri bulunmasıdır. Deneyimler bizlere bu örgütlü iktidar aygıtlarının, aslında çoklu basamak ve bağlantılardan, her biri suç teşkil eden faaliyet içerisinde bir çeşit role sahip veya buna bir şekilde dahil olan farklı birey, grup ve kolektiflerden oluşan karmaşık örgütsel ve yapısal biçimleri olageldiğini öğretmiştir. Birçok durumda – ve özellikle hükümet organları veya devlet aygıtı içerisindeki yapılardan oluşturulmuş örgütlü iktidar aygıtları söz konusu olduğunda – bu yapılar entegre edilmiştir ve el altından, gizli bir biçimde, kendilerine özgü yöntemleri ve/veya gizli görev gruplarıyla faaliyet gösterirler. Bunun için gayet sıkı, kapalı gruplar halinde ve bölümlenerek ayrıştırılmış şekilde yapılanırlar.

⁸⁶² Örneğin Peru Yüksek Adalet Divanı (Yargıtay) Özel Ceza Dairesi'nin 7 Nisan 2009 tarihli, Exp. No. A.VS. 19 - 2001, Lima, *Alberto Fujimori Fujimori Davası / Suçları: Cinayet, saldırı ve yaralama ve insan kaçırma* kararında yaptığı üzere (bkz. par. 727 ve devamı).

İkinci olarak, kişinin ya hukuken ya fiilen örgütlü iktidar aygıtı içerisinde komuta veya yönetim işlevi görüyor olması gerekir. Böylesi bir işlev bireysel olabileceği gibi kolektif de olabilir. Ayrıca, yaŐanmıŐ olaylardan öğrendiğimiz üzere, bu örgütlü iktidar aygıtlarının, hiyerarşik olarak birbirine bağlı bir silsile Şeklinde düzenlenmiş çoklu karar verme, yönetim veya faaliyet merkezleri olabilmektedir. Bu, karar verme veya yapının yönetimi adına farklı basamak veya bağlantılar içerebilen daha büyük örgütlü iktidar aygıtlarında daha belirgin bir durumdur. Bunlarda suç işlemeye dair genel emir aygıtın en üst düzeyinden "genel emirler" veya "suça ilişkin yönergeler" veya "genel talimatlar" kapsamında gelir. Böylesi durumlarda genel emirler, direktifler veya talimatlar, bireysel olarak belirlenmiş ve kimliği tespit edilmiş spesifik bir Őahsı mağdur etmek amacıyla veya hatta suçu iŐlerken kullanılacak yöntemi ifade ederek bile verilmez. Bunun yerine, bu çeşit "genel emirler" suçun hedef alacağı sosyal, politik, etnik, toplumsal, ulusal veya kültürel insan kategorisini veya topluluğunu ya da grubunu belirler. Bu tür durumlarda, hiyerarşik olarak daha az önem arz eden ve yapının daha alt düzeylerinde olan, ama yine de karar verme ve yönetim yetkisine haiz seviye veya bağlantı noktalarındakiler, bu genel geçer emirlerin hangi yol ve yordamla uygulanacağını belirler. Diğer bir deyişle, doğrudan ya da somut olarak suçu işleme konumunda olmadan mağdurları, suçun yöntemlerini, yer ve zaman gibi detayları vs. saptarlar. Böylesi durumların tipik örneklerinden biri kriminal bir örgütlü iktidar aygıtının zinciri veya düzeni içerisinde bulunan Adolf Eichmann vakasıdır. Eichmann, soykırım suçu işlemeye dair kendisine gelen genel talimatlara uymuŐ, mağdurları fırınlara veya gaz odalarına fiziksel olarak yerleştirme eylemlerini Őahsen gerçekleŐtirmek zorunda kalmadan karar verme yetkisini ve emrindeki bağlantılar üzerindeki kontrol gücünü kullanarak suçu iŐlemiŐtir.

"Arka plandaki kişi, bunu birebir olarak yapan kişinin kim olduğunu bilmek zorunda kalmadan emirlerinin veya suça ilişkin amacının her daim yerine getirileceğinden emin olabilir. Böylece 'aygıtın otomatik iŐleyiŐi' gerçekte emre itaati sağlayan unsurun kendisi olacaktır."

Üçüncü olarak, doğrudan ve somut olarak suçu işleyen kişiler örgütlü bir iktidar aygıtının parçasıdır ve dolayısıyla bunun kriminal yapısı içerisinde birbirine ikame edilebilir dışlılar olarak faaliyet gösterirler. Doktrin ve içtihatla ifade edildiği üzere suçun somut faillerinin tanımlayıcı özelliği ikame edilebilirlikleridir. Yani suçun somut faili çarkın içerisindeki bir dışlıdır, ama suça ilişkin esas karar başka bir seviyede verilmiştir. Suçun işlenmesi veya işlenmesine yönelik fiillere iştiraktan örgütlü iktidar yapısının herhangi bir üyesi olarak sorumlu tutulabilir. Doğrudan fail olan kişi, dolaylı olarak fail olan kişinin suçu işleme için bir araç olmaktan ibarettir ve doğrudan fail olanla dolaylı olarak fail olan arasında herhangi bir birebir etkileşim olması – hatta ikisinin bir mutabakat veya karşılıklı anlayış içerisinde olması dahi – gerekmez. Dolaylı olarak fail olan kişinin doğrudan fail olanın kimliğini bilmesi de gereksizdir. Hatta, yukarıda bahsedildiği üzere, örgütlü iktidar aygıtları genellikle bölümlere ayrılarak, yani kompartmantalize edilerek kurgulanmıştır ve bunlar arasında gizlilik esastır. Dolayısıyla üyeler aygıt içerisinde farklı seviyelerde veya bağlantı noktalarında kimlerin bulunduğunu bilmezler.

5. Cezasızlığa Karşı Güvenceler

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz suçlarını yargılama ve cezalandırma yükümlülüğünün bir parçası olarak "Devlet, gerçeklerin etkili bir biçimde oluşturulmasını ve buna tekabül eden yargılama sürecini aksatan olgusal veya yasal tüm engelleri ortadan kaldırmalıdır."⁸⁶⁴ Bu hususta, genel itibarıyla, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, "tüm af ve zamanaşımı hükümleri ile sorumluluğu ortadan kaldırmak için tasarlanmış bütün tedbir ve uygulamalar, işkence, hukuk dışı, kısa yoldan veya keyfi infaz ve zorla kaybetme gibi uluslararası insan hakları hukuku uyarınca sınırlanamaz ve kısıtlanamaz olan hakları ihlal ettikleri için yasak olan ciddi insan hakkı ihlallerinin oluşturulması ve sorumluların

⁸⁶³ 7 Nisan 2009 tarihli karar, Exp. No. A.VS. 19 - 2001, Lima, *Alberto Fujimori Fujimori Davası / Suçları: Cinayet, saldırı ve yaralama ve kaçırma*, para. 726.

⁸⁶⁴ 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 182.

cezalandırılmasını engellemeyi amaçladıkları için kabul edilemez sayılır"⁸⁶⁵ demiştir.

Dolayısıyla, uluslararası hukuk, bilinen yasal mekanizmaların – af ve zamaşımı gibi – zorla kaybetme veya hukuk dışı infaz suçlarının failleri için cezasızlık elde etmek adına hukuksuz şekilde kullanılmasını önlemek için koruyucu tedbir ve güvenceler içerir. Yasal mekanizmalar, cezasızlık elde etmek gibi gayrimeşru bir amaç için kullanıldığında, doktrin ve içtihadta "adalet tesisinde hile"nin söz konusu olduğu ifade edilir.

a. Af ve benzeri uygulamalar

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz faillerinin mahkemelerce soruşturulmasını, yargılanmasını ve cezalandırılmasını engelleyen af ve benzeri uygulamalar devletin uluslararası hukuk uyarınca böylesi suçları cezalandırma yükümlülüğüne aykırıdır. Aynı şekilde, bu uygulamalar, bu tür suçları işlemeye ilişkin mutlak yasağın altını oydukları için mağdurların ailelerinin etkili çözüm, haklarının tespiti için bağımsız ve tarafsız bir mahkemece dinlenme ve hakikat haklarının güvence altına alınması yükümlülüğüyle de bağdaşmaz.

DED,⁸⁶⁶ İnfazlara dair İlkeler⁸⁶⁷ ve *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Rehber İlkeler*⁸⁶⁸ zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz faillerine af veya benzeri uygulamaların sağlanmasını açıkça yasaklamaktadır. Bu kural genel anlamıyla BM Güvenlik Konseyi,⁸⁶⁹ BM Genel Sekreteri⁸⁷⁰ ve önceki BM İnsan Hakları Komisyonu⁸⁷¹ tarafından da

⁸⁶⁵ 14 Mart 2001, *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre ve diğerleri)/Peru Davası*, Seri C No. 87, para. 41.

⁸⁶⁶ Madde 18.

⁸⁶⁷ İlke 19.

⁸⁶⁸ İlke 24.

⁸⁶⁹ Örneğin bakınız, Karar No.1120 (1997), *Hırvatistan*, 14 Temmuz 1997; 1315 (2000), *Sierra Leone*, 14 Ağustos 2000; ve 1479 (2003), 13 Mayıs 2003, para. 8.

⁸⁷⁰ *Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin Sierra Leone'ye Gözlem Misyonu Yedinci Raporu (Seventh Report of Secretary-General of the United Nations on the Observation Mission to Sierra Leone)*, 1999/836, 30 Temmuz 1999, para. 7; *Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin Sierra Leone Özel Mahkemesi'nin Kurulması Raporu (Report Establishment of the Special Court for Sierra Leone of the Secretary-General of the United Nations)*, 2000/915, para. 22; ve *Güvenlik Konseyi Kararları 1160 (1998), 1199 (1998) ve 1203 (1998) uyarınca Birleşmiş Milletler Genel*

tasdik edilmiştir. Uluslararası insan hakları içtihatları, zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz suçlarında af ve benzeri uygulamalar yasağını teyit etmiştir.⁸⁷²

“Ağır insan hakkı ihlallerinin soruşturulması ve cezalandırılmasını engelleyen [aflar] [...] hukuki sonucun önüne geçmektedirler ve dolayısıyla, olayın gerçeklerinin soruşturma yoluyla aydınlatılması ve sorumluların tespit edilip yargılanması ve cezalandırılmasının önünde engel teşkil etmeyi sürdürmezler.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁸⁷³

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, “sorumluluğu ortadan kaldırmaya yönelik tüm af ve zamaşıımı hükümleri [...] kabul edilemezdir; çünkü bunlar işkence, hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infaz ve zorla kaybetme gibi, uluslararası insan hakları hukuku uyarınca sınırlanamaz ve kısıtlanamaz sayılan hakları ihlal ettikleri için yasaklı olan, ciddi insan hakkı ihlallerinin sorumlularının soruşturulması ve cezalandırılmasını engellemeyi amaçlarlar.”⁸⁷⁴ İnsan Hakları Komitesi de kendi değerlendirmesini

Sekreteri Raporu (Report of the Secretary-General pursuant to Resolutions of the Security Council 1160 (1998), 1199 (1998) and 1203 (1998)), UN Doc. S/1999/99, 29 Ocak 1999, para. 32.

⁸⁷¹ Karar No. 2004/72, “Cezasızlık”, 21 Nisan 2004; Karar No. 2005/81, “Cezasızlık”, 21 Nisan 2005, para. 3; Karar No. 2004/72, 21 Nisan 2004, para. 3; Karar No. 2003/72, 25 Nisan 2003, para. 2; ve Karar No. 2002/79, 25 Nisan 2002, para. 2.

⁸⁷² Bu hususta, bakınız: Uluslararası Hukukçular Komisyonu, *Uluslararası Hukuk ve cezasızlıkla mücadele, Uygulayıcı Rehberi No. 7 (International Law and the fight against impunity, A Practitioner's Guide No. 7)*, Cenevre/Lima, 2014.

⁸⁷³ 25 Ekim 12 tarihli karar, *El Mozote ve çevresindeki Katliamlar/El Salvador*, Seri C No. 252, para. 286.

⁸⁷⁴ 14 Mart 2001 tarihli karar, *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre ve diğerleri/Peru) Davası*, Seri C No. 75, para. 41. Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 26 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru Davası*, Seri C No. 162; 22 Eylül 2002 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru*, Seri C No. 202; 27 Şubat 2002 tarihli karar, *Trujillo Oroza/Bolivya Davası*, Seri C No. 92; 29 Ağustos 2002 tarihli karar, *del Caracazo/Venezuela Davası*, Seri C No. 95; 1 Temmuz 2006 tarihli karar, *Ituango Katliamları/Kolombiya Davası*, Seri C No. 148; 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve diğerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154; 24 Kasım 2009 tarihli karar, *Dos Erres Katliamı/Guatemala Davası*, Seri C No. 211; 1 Eylül 2010 tarihli karar, *Ibsen Cárdenas ve Ibsen Peña/Bolivya Davası*, Seri C No. 217; 24 Kasım 2010 tarihli karar, *Gomes Lund ve diğerleri (“Guerrilha do Araguaia”)/Brezilya Davası*, Seri C No. 219; 24 Şubat 2011

yaparak af ve zorla kaybetme, hukuk dışı infaz ve başka ciddi insan hakkı ihlallerinin failleri için cezasızlık sağlayan, gerçeklerin aydınlatılmasını, faillerin yargılanmasını ve cezalandırılmasını engelleyen ve/veya mağdurların ve ailelerinin etkili çözüm ve zararlarının telafisinin önüne geçen diğer uygulamaların *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*'deki yükümlölüklere aykırı olduğu sonucuna varmıştır.⁸⁷⁵

Zorla kaybetme, hukuk dışı infaz ve diğer ciddi insan hakkı ihlalleri durumunda af ve benzeri uygulamalar yasağı ülke içi silahlı çatışma sırasında işlenen suçlarda da geçerlidir. *12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine, Uluslararası Olmayan Silahlı atıŐmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Ek Protokol (Protokol II)* savaş hali sona erdikten sonra silahlı çatışma içerisinde yer almış kişilere af ıkarılabileceėini⁸⁷⁶ ifade ediyor olsa bile, uluslararası doktrin ve içtihatlar bu afların zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz gibi savaş suçlarının faillerini kapsayamayacağı sonucuna varmıştır. Bu görüş BM Güvenlik Konseyi,⁸⁷⁷ Uluslararası Kızılhaç Komitesi,⁸⁷⁸ İnsan

tarihli karar, *Gelman/Uruguay Davası*, Seri C No. 221; ve 25 Ekim 12 tarihli karar, *El Mozote ve çevresindeki Katliamlar/El Salvador*, Seri C No. 252.

⁸⁷⁵ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, *Sonuç Gözlemleri: Peru* (CCPR/C/79/Add.67, 1996, para. 9 ve 10; ve CCPR/CO/70/PER, 15 Kasım 2000, para. 9); *Arjantin*, (CCPR/C/79/Add.46 - A/50/40, 5 Nisan 1995, para. 144 ve CCPR/CO/70/ARG, 3 Kasım 2000, para. 9); *Şili* (CCPR/C/79/Add.104, 30 Mart 1999, para. 7); *Hırvatistan* (CCPR/C/HRV/CO/2, 4 Kasım 2009, para. 10; ve CCPR/CO/71/HRV, 4 Nisan 2001, para. 11); *El Salvador*, (CCPR/C/SLV/CO/6, 18 Kasım 2010, para. 5; CCPR/CO/78/SLV, 22 Ağustos 2003; ve CCPR/C/79/Add.34, 18 Nisan 1994, para. 7); *İspanya*, (CCPR/C/ESP/CO/5, 5 Ocak 2009, para. 9); *Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti* (CCPR/C/MKD/CO/2, 3 Nisan 2008, para. 12); *Fransa* (CCPR/C/79/Add.80, para. 13); *Haiti* (A/50/40, para. 224–241); *Lübnan* (CCPR/C/79/Add.78, para. 12); *Nijer* (CCPR/C/79/Add.17, 29 Nisan 1993, para. 7); *Kongo Cumhuriyeti* (CCPR/C/79/Add.118, 27 Mart 2000, para. 12); *Senegal* (CCPR/C/79/Add.10, 28 Aralık 1992, para. 5); *Surinam* (CCPR/CO/80/SUR, 4 Mayıs 2004, para. 7); ve *Uruguay* (CCPR/C/URY/CO/5, 2 Aralık 2013, para. 19; ve CCPR/C/79/Add.19, para. 7 ve 11; ve CCPR/C/79/Add.90, Bölüm C. "Başlıca sorun alanları ve tavsiyeler" ("Principal areas of concern and recommendations")).

⁸⁷⁶ Madde 6 (5).

⁸⁷⁷ Örneğin bakınız, RES/1120 (Hırvatistan), RES/1315 (Sierra Leone), ve RES/1464 (2003) (FildiŐ Sahili) sayılı kararlar, 4 Şubat 2003.

⁸⁷⁸ Bkz. *Örfi Uluslararası İnsancıl Hukuk Cilt No. 1 Kurallar (Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules)*, Doc. Cit., Kural 159, s. 611 ve devamı.

Hakları Komitesi⁸⁷⁹ ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu⁸⁸⁰ tarafından tekrarlanmıştır.

“Çeşitli insan hakları sözleşmelerini imzalayıp onaylayarak Peru Devleti’nin altına girdiği yükümlülükler arasında bu hakları uluslararası hukuka uygun bir biçimde güvence altına alma zorunluluğu da bulunmaktadır. [Bu yükümlülüklerin] feshi ya da iptali mümkün değildir ve devlet bunların sorumluluğunu almaya dair uluslararası düzeyde zorunlu kılınmıştır. Anayasal Usul Kanunu’ndaki [...] talimat uyarınca, kişinin haysiyetinin korunmasına yönelik asgari standartlara aykırı oldukları gerekçesiyle uluslararası hukuk çerçevesinde af kapsamına alınamayacak suçlara ilişkin mutlak yasağın açıkça ifade edildiği sözleşmelere başvurulmaktadır.”

Peru Anayasa Mahkemesi⁸⁸¹

Bu bağlamda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, “normun mutlak olmadığını, çünkü uluslararası insancıl hukuk uyarınca devletlerin savaş suçlarını da soruşturup yargılamaya dair yükümlülükleri olduğunu [... ve] Ek Protokol II’nin 6 (5). Maddesinin yalnızca savaş suçu veya insanlığa karşı suç olarak nitelendirilebilecek (elimizdeki vakada olduğu gibi) unsurların bulunmaması kaydıyla uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yer almış veya bu çatışmadan dolayı hürriyetinden mahrum bırakılmış kişilere yönelik kapsamlı aflardan bahsetmekte olduğunu”⁸⁸² ifade etmiştir.

b. Klasik muafiyet unsurlarının cezai sorumluluk ve haklı mazeret hükümlerinin dışında bırakılması

Zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve soykırım söz konusu olduğunda, uluslararası hukuk, itaat

⁸⁷⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız *Sonuç Gözlemleri: El Salvador* (CCPR/C/79/Add.78, para. 12) ve *Hırvatistan Cumhuriyeti* (CCPR/CO/71/HRV, 4 Nisan 2001, para. 11).

⁸⁸⁰ *El Salvador’da İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Rapor*’da (*Report on the Situation of Human Rights in EL Salvador*) Dosya No, 11138, *Nazario de Jesús Gracias* (*El Salvador*), OAS/Ser.L/V/II.85, Doc. 28 Revs., 11 Şubat 1994. Bu bakımdan, bkz. Rapor No. 1/99, Dosya 10.480, *Lucio Parada Cea ve diğerleri* (*El Salvador*), 27 Ocak 1999, para. 115.

⁸⁸¹ 2 Mart 2007 tarihli karar, *Santiago Martín Rivas Anayasal Davası*, Dosya No. 679-2005-PA/TC, para. 30.

⁸⁸² 25 Ekim 12 tarihli karar, *El Mozote ve çevresindeki Katliamlar/El Salvador*, Seri C No. 252, para. 286.

zorunluluğu kavramının suç teşkil eden eylemlere haklı gerekçe ve/veya cezai sorumluluktan muafiyet sağlamak için kullanılmasını yasaklamaktadır. Bu kural çeşitli uluslararası belgelerde⁸⁸³ açıkça güvence altına alınmış ve uluslararası içtihatlarda⁸⁸⁴ tasdik edilmiştir. Bu bağlamda İnsan Hakları Komitesi, vazifenin ifası sırasında veya bir amirin emirlerine uyarak gerçekleştirilen güvenlik operasyonlarında hukuk dışı infaz suçuna karışan devlet aktörlerini cezai sorumluluktan muaf tutan yasaların, Taraf Devletlerin *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* uyarınca altına girdikleri yükümlülöklere aykırı olduğunu belirtmiştir.⁸⁸⁵

DED,⁸⁸⁶ ICPED,⁸⁸⁷ IACFDP,⁸⁸⁸ İnfazlara İlişkin İlkeler⁸⁸⁹ ve *Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler*⁸⁹⁰ amirlerin verdiği emirlerin suçun haklı gerekçesi olarak veya cezai sorumluluktan muafiyet için kullanılması ihtimalini açıkça reddetmiştir. Hatta tam tersine, tüm bu belgeler herkesin zorla kaybetme veya hukuk dışı infaza

⁸⁸³ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme* (md. 2.3); *Kolluk Kuvvetleri Davranış Kuralları (Code of Conduct for Law Enforcement Officials)* (art. 5); *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler* (ilke 27); *Amerikalılar Arası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture)* (md. 4); *Nürnberg Mahkemesi Şartı ve Mahkeme Kararınca tanınmış Uluslararası Hukuk ilkeleri (Principles of International Law recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal)* (İlke IV); 95 (I) sayılı 1946 tarihli BM Genel Kurulu Kararı; *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 7.4); *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 6.4); ve *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü* (md. 33).

⁸⁸⁴ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: İnsan Hakları Komitesi, *Genel Yorum 31 (...)*, Doc. Cit.; *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi*, 14 Mart 2001 tarihli karar, *Barrios Altos Davası*, Doc. Cit.; 48. oturumunun faaliyetlerine dair *Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu*, 6 Mayıs-26 Temmuz, Doc. Cit., 5. Madde ve ilgili Yorum, s. 23 ve devamı.

⁸⁸⁵ 31 Mart 1982, 45/1979 sayılı Bildirim, *María Fanny Suárez de Guerrero/Kolombiya Davası*.

⁸⁸⁶ Madde 6 (1) ve 7.

⁸⁸⁷ Madde 1 (2) ve 6 (2).

⁸⁸⁸ Madde VIII.

⁸⁸⁹ İlke 19.

⁸⁹⁰ İlke 26.

ilişkin fiilleri işlemeye y6nelik emirlere uymama veya bunları yerine getirmeme hakkı ve vazifesi olduğunu onaylamaktadır.⁸⁹¹ Benzer biÇimde, uluslararası standartlar gereği, devletlerin b6ylesi emirleri yasaklama⁸⁹² ve bunlara uymayı veya yerine getirmeyi reddedenlerin bu sebeple cezai dava veya disiplin soruŐturmalarına maruz bırakılmamalarını ve bunlardan ceza almamalarını saĐlama⁸⁹³ y6k6ml6l6kleri bulunmaktadır.

“Uluslararası hukuk uyarınca suÇ teşkil eden fiil ve davranışların faillerinin resmi stat6s6 – devletin veya h6k6metin baŐı da olsalar – onları cezai veya diğer sorumluluklarından muaf kılmadığı gibi cezai indirim iÇin gerekĐe de oluŐturmazlar.”

*Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Y6nelik G6ncellenmiŐ Rehber İlkeler*⁸⁹⁴

Uluslararası hukuk kapsamında, zorla kaybetme veya hukuk dışı infaz suÇunun failinin devlet başkanı veya h6k6metin baŐı olarak g6rev yapmış olması, ya da herhangi başka bir devlet g6revlisi stat6s6nde bulunmuş olması onu yargılanmadan muaf kılmadığı gibi ceza indirimini gerekĐesi veya hafifletici neden olamaz. Bu ilke hem insanlığa karşı suÇlar, savaş suÇları ve soykırım bağlamında,⁸⁹⁵

⁸⁹¹ Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Md. 6(1)); B6t6n Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası S6zleŐme (Md. 23); Amerikalılar Arası Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında S6zleŐme (Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons) (Md. VIII); Yasa Dışı, Keyfi ve Hukuk dışı İnfazların Etkili Şekilde 6nlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler (İlke 3) ve Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler (İlke 25).

⁸⁹² Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Md. 6); B6t6n Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası S6zleŐme (md. 23); ve Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde 6nlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler (İlke 3).

⁸⁹³ Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (Md. 6); B6t6n Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası S6zleŐme (md. 23); Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde 6nlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler (İlke 3); ve Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeler (İlke 25).

⁸⁹⁴ İlke 27 (c).

⁸⁹⁵ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Uluslararası Ceza Mahkemesi Şartı (Charter of the International Military Tribunal) (md. 7); N6rnberg Mahkemesi Şartı ve Mahkeme

hem de ciddi insan hakkı ihlalleri bağlamında⁸⁹⁶ uluslararası belgelerde tekrarlanarak ifade edilmiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu, insanlığa karşı suçlar hususunda bireysel cezai sorumluluğun “hükümet hiyerarşisi veya askeri emir-komuta zinciri içerisinde bulunan ve böylesi bir suçun işlenmesine katkı sunan istisnasız her kişiye” uygulanması gerektiğini onaylamıştır.⁸⁹⁷

c. Zamanaşımını belirleyen kanun veya hükümler

Uluslararası hukukta yalnızca insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve soykırım gibi birkaç suç için zamanaşımı hükümleri asla uygulanamaz.⁸⁹⁸ Bu tür suçlar için zamanaşımının uygulanamazlığı bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır.⁸⁹⁹

Kararınca tanınmış Uluslararası Hukuk ilkeleri (İlke I ve III); 95 (I) sayılı 1946 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (md. 7); Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (md. 6); Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran Roma Statüsü (md. 27); ve Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü (md.6).

⁸⁹⁶ *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge (md. 16); Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Rehber İlkeler (ilke 27, c); ve Amerikalılar Arası Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Sözleşme (md. IX).*

⁸⁹⁷ *48. oturumunun faaliyetlerine dair Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Raporu, 6 Mayıs-26 Temmuz 1996, Genel Kurul Resmi Kayıtları, Elli birinci oturum, 6. Madde’ye ilişkin Yorum üzerine Ek No. 10, Belge A/51/10, para. 2.*

⁸⁹⁸ *Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Müttefikler Kontrol Konseyi (Allied Control Council), Savaş Suçu İşleyenlerin Cezalandırılması (Punishment of Persons Guilty of War Crimes), Barışa ve İnsanlığa Karşı Suçlar (Crimes Against Peace and Against Humanity) Kanun No. 10, 20 Aralık 1945 (Md. II (5)); Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Kabul Edilmemesine İlişkin Sözleşme (Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity); Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Kabul Edilmemesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes); Savaş suçları ve insanlığa karşı suçları işleyen kişilerin cezalandırılması, sınır dışı edilmesi, tutuklanması ve belirlenmesinde uluslararası işbirliği ilkeleri (Principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity) (İlke 1); Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran Roma Statüsü (Md. 29); Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar (Basic Principles and Guidelines on the right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations International*

Hukuk dışı infaz ve zorla kaybetme uluslararası suç statüsünde olsalar dahi, kendi başlarına zamanaşımı hükümlerinin uygulanamazlığı kapsamına dahil değillerdir. Bununla beraber, bu tür eylemler geniş çaplı ve sistematik bir biçimde veya silahlı bir çatışmanın parçası olarak gerçekleştirildiğinde ya da bir grubu tamamen veya kısmen yok etmeyi amaçladıklarında farklı bir suç tipine dönüşürler. Böylesi durumlarda bu eylemler (sırasıyla) insanlığa karşı suç, savaş suçu veya soykırım suçu teşkil ederler ve dolayısıyla bunlardan ayrı düşünülemezler. Bu bağlamda, ICPED'deki Şu ifadeyi hatırlatmak yerinde olacaktır: "Zorla kaybetmenin geniş çaplı veya sistematik bir biçimde uygulanması, ilgili uluslararası hukuk hükümlerinde tanımlandığı biçimiyle insanlığa karşı suç teşkil eder ve dolayısıyla söz konusu uluslararası hukuk hükümlerinde öngörölmüş sonuçları doğurur."⁹⁰⁰

Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law) (Md. 6); *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler* (İlke 23.2); ve *Örfi Uluslararası İnsancıl Hukuk Kural No. 160*.

⁸⁹⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Savaş suçlarının ve insanlığa karşı suç işlemiş kişilerin cezalandırılması meselesi – Zamanaşımının savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarda uygulanamaz olması meselesi – Genel Sekreter tarafından sunulan çalışma (Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity – Question of the non-applicability of statutory limitation to war crimes and crimes against humanity – Study submitted by the Secretary-General)*, E/CN.4/906, 15 Şubat 1966; *İnsanlığın Barış ve Güvenliği aleyhine Suçlar hakkındaki Sözleşme Taslağı'na ilişkin dördüncü rapor (Fourth report on the Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind)*, Uluslararası Hukuk Komisyonu, UN Doc. A/CN.4/398, 11 March 1986, para. 172; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve diğerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154, para. 153; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17 Mayıs 2010 tarihli karar, *Kononov/Letonya Davası*, Başvuru No. 36376/04; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *Amerikalılar Arası Komisyonun Haiti Devleti'nin Jean Claude Duvalier rejimi sırasında işlenen ciddi insan hakkı ihlallerini soruşturma sorumluluğuna dair Deklarasyonu (Declaration of the Inter-American Commission on Human Rights on the duty of the Haitian State to investigate serious human rights violations committed during the regime of Jean Claude Duvalier*, 12 Mayıs 2011, para. 10 ve devamı; İnsan Hakları Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: İŐpanya*, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 Ocak 2009, para. 9; ve *Örfi Uluslararası İnsancıl Hukuk Cilt No. 1 Kurallar*, Doc. Cit., Kural 160 s. 614.

⁹⁰⁰ Madde 5. ICPED'in müzakere edilmesi ve taslağının hazırlanması sürecinde, "insanlığa karşı suç teşkil eden zorla kaybetme vakalarında zamanaşımı hükümlerinin

“Devletin insanlığa karşı suçlardan sorumlu olanları yargılama ve gerekli olduğunda, örneğin insan haklarını ciddi biçimde ihlal eden suçlarda zamanışımının önlenmesi için, kısıtlayıcı standartlar benimseme yükümlülüğü vardır. Bu standartların uygulanması, hukuk sisteminin etkili bir biçimde işlemini sağlar ve cezasızlıkla mücadelenin üstün menfaatleri üzerinden gerekçelendirilir. Burada amaçlanan elbette ki ceza hukukunun belli mekanizmalarının [bu suçlar için] cezasızlık sağlamak gibi istenmeyecek bir sonuç elde etmek için kullanılmasını engellemektir. Bunun her daim önlenmesi ve buna asla meydan verilmemesi gerekir; aksi halde suçular aynı eylemleri tekrarlamak için cesaretlendirilmiş olacak, intikam için elverişli bir ortam yaratılacak ve demokratik toplumun iki temel değeri – hakikat ve adalet – zarar göreacaktır.”

Peru Anayasa Mahkemesi⁹⁰¹

Bu hususta, zamanışımı hükümlerinin uygulanamazlığı ilkesinin kapsamını zorla kaybetme, hukuk dışı infaz ve diğer ciddi insan hakkı ihlallerini de içerecek şekilde genişletmeye dair yükselmekte olan hem uluslararası⁹⁰² hem de ulusal⁹⁰³ bir trend olduğunu ifade etmek gerekir.

uygulanamazlığına vurgu yapılmıştır.” (Tüm kişilerin zorla kaybetmeden korunmasına ilişkin yasal olarak bağlayıcı normatif bir belge taslağı oluşturmak adına Oturumlararası Açık Uçlu Çalışma Grubu’nun Raporu, UN Doc. E/CN.4/2003/71, 12 Şubat 2003, Para.43.).

⁹⁰¹ 18 Mart 2004 tarihli karar, Exp. No. 2488-2002-HC/TC, *Genaro Villegas Namuche Davası*, hukuki dayanak, para. 23.

⁹⁰² Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar* (md. 6); Zorla Kaybetmeler Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: Almanya*, CED/C/DEU/CO/1 10 Nisan 2014, para. 9; İnsan Hakları Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: Arjantin* (CCPR/CO/70/ARG, 3 Kasım 2000, para. 9), *El Salvador*, (CCPR/C/SLV/CO/6, 18 Kasım 2010, para. 6), *Panama* (CCPR/C/PAN/CO/3, 17 Nisan 2008, para. 7) ve *Uruguay* (CCPR/C/URY/CO/5, 2 Aralık 2013, para. 19); İşkenceye karşı Komite, *Genel Yorum No. 3: Madde 14’ün Taraf Devletlerce uygulanması (Implementation of article 14 by States Parties)* (CAT/C/GC/3, 13 Aralık 2012, para. 40) ve *Sonuç Gözlemleri: Fas* (CAT/C/CR/31/2, 5 Şubat 2004, para. 5), *Şili* (CAT/C/CR/32/5, para. 7), *Türkiye* (CAT/C/CR/30/5, 27 Mayıs 2003, “Tavsiye”, Para. 7), *Slovenya* (CAT/C/CR/30/4, 27 Mayıs 2003, para. 6), *Fransa* (CAT/C/FRA/CO/3, 3 Nisan 2006, para. 13) ve *Guatemala* (CAT/C/GTM/CO/5-6, 24 Haziran 2013, para. 8); ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2 Kasım 2004, *Abdulsamet Yaman/Türkiye*, Başvuru No. 32446/96, para. 55.

Bu trend, ister anayasal, ister yasal, isterse de içtihat yorumları yoluyla olsun, Latin Amerika'da özellikle göze çarpmaktadır ve özellikle de zorla kaybetme suçuna ilişkin olarak gündeme gelmektedir. Ulusal hukuk sisteminin zamanaşımı hükümlerini zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz suçları için de uygulanamaz kıldığı ülkelerde ulusal merciler bu ulusal standarda uymak zorundadır. Dolayısıyla, bu tür ulusal mevzuatların geçerli olduğu bağlamlarda böylesi suçlar için zamanaşımı hükümlerini uygulamanın meşru ve yasal bir yolu yoktur. Uluslararası hukuk, zamanaşımı hükümlerinin sadece savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçuna ilişkin olarak uygulanmasını yasaklar; ancak başka uluslararası suçlarda da böylesi bir yasağın konmasına hiçbir engel barındırmaz.

Hukuk dışı infaz ve zorla kaybetme suçlarında zamanaşımı hükümlerinin uygulanabilir olmasına rağmen, söz konusu fiil ve davranışlar uluslararası hukuk veya ulusal hukukta zamanaşımına tabi olmadığında, bu yasal prensibin keyfi bir biçimde uygulanabileceği anlamına gelmez. Nitekim uluslararası hukuk bu suçlarda zamanaşımının yasal ve meşru bir biçimde uygulanabilmesi için hem usuli hem esasa ilişkin belli koşullar öngörmektedir. Pek çok uluslararası belgede zamanaşımının geçerliliği için gerekli bu usuli ve esasa ilişkin şartlar

⁹⁰³ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Peru (Peru Yüksek Adalet Divanı), 20 Temmuz 2009 tarihli karar, Dosya AV No. 23-2001, *Alberto Fujimori Davası*; Ulusal Ceza Mahkemesi, 6 Haziran 2006 tarihli karar, "Cayara sakinlerinin Keyfi İnfazı" Davası; Lima Birinci Yüksek Mahkemesi (First High Court of Justice of Lima), Özel Ceza Dairesi Chamber, 9 Mayıs 2005 tarihli karar, Exp. No. 28- 2001-"F-1", "Barrios Altos" Davası; Lima Yüksek Mahkemesi, Yolsuzlukla Mücadele Yüksek Dairesi "A", 9 Mayıs 2005 tarihli karar, "El Destacamento Colina" Davası; ve Ancash Yüksek Mahkemesi, Birinci Ceza Dairesi, "Pedro Haro ve César Mautino'nun zorla kaybedilmesi" Davası; Arjantin (Plata Federal Temyiz Dairesi, Daire II, 17 Temmuz 2014 tarihli karar, FLP 259/2003/17/CA3); Kolombiya (Anayasa Mahkemesi, 31 Temmuz 2002 tarihli karar C-580/02, Dosya L.A.T.-218); Kosta Rika (Yüksek Adalet Divanı, Anayasa Dairesi, 12 Ocak 1996 tarihli Karar No. 230-96, Zorunlu danışmanlık (mandatory consultation), Exp. 6543-S-95 Voto N.0230-96); Ekvador (Anayasa, md. 23); El Salvador (Ceza Kanunu, md. 99); Etiopya (Anayasa, md. 28); Guatemala (Ulusal Uzlaşma Yasası (The National Reconciliation Act), md. 8); Honduras (Anayasa, md. 325); Macaristan (Ceza Kanunu, md. 33.2); Nicaragua (Ceza Kanunu, md. 16 ve 131); Panama (Ceza Kanunu, nd. 120); Paraguay (Anayasa, md. 5 ve Ceza Kanunu, md. 102.3); Uruguay (Kanun No. 18.26.2006); ve Venezuela (Anayasa, md. 29 ve Ceza Kanunu, md. 180).

belirlenmektedir – bunlar: DED;⁹⁰⁴ ICPED;⁹⁰⁵ IACFPD;⁹⁰⁶ *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler*⁹⁰⁷ ve *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar*'dır.⁹⁰⁸

Uluslararası hukukta öngörülen kısıtlamalara uymadan zamanaşımı hükümlerini uygulamak, yargı idaresinde hile teşkil eder. Buna ilişkin, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, hukuk dışı infaz ve zorla kaybetme suçunun soruşturulması ve sorumluların cezalandırılmasını engellemeyi amaçlayan karar ve hükümlerin kabul edilemez olduğunu defalarca tekrarlamıştır.⁹⁰⁹ Benzer biçimde, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesine dair Özel Raportör de terörle mücadele bağlamında Perulu yetkililerin "teröre karşı operasyonlar sırasında gerçekleştirilen ciddi insan hakkı ihlallerinin kovuşturulması ve sorumluların mahkum edilmesi önündeki engellerin Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve ilgili uluslararası insan hakları hukukuna uygun biçimde aşılmasının"⁹¹⁰ sağlanmasını tavsiye etmiştir.

⁹⁰⁴ Madde 17.

⁹⁰⁵ Madde 8.

⁹⁰⁶ Madde VII.

⁹⁰⁷ İlke 22 ve 23.

⁹⁰⁸ Madde 7.

⁹⁰⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 14 Mart 2001 tarihli karar, *Barrios Altos/Peru Davası*, Seri C No. 75; 3 Eylül 2001 tarihli karar, *Barrios Altos Davası*, Kararın esaslarına dair Yorum (Interpretation of the fundamentals of the Judgment), Seri C No. 83, para. 15; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 182; 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru Davası*, Seri C, No. 162, para. 152; 27 Şubat 2002 tarihli karar, *Trujillo Oroza/Bolivya Davası*, Seri C No. 92, para. 106; 29 Ağustos 2002 tarihli karar, *Caracazo/Venezuela Davası*, Seri C No. 95, para. 119; 24 Kasım 2010 tarihli karar, *Gomes Lund ve diğerleri ("guerrilha do Araguaia")/Brezilya Davası*, Seri C No. 219, para. 171; ve 29 Kasım 2009 tarihli karar, *Dos Erres Katliamı/Guatemala Davası*, Seri C No. 211, para. 129.

⁹¹⁰ *Terörle mücadele sırasında insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesine dair Özel Raportör Martin Schein'in Raporu – Ek: Peru Misyonu (Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights*

Uluslararası belgeler⁹¹¹ zamaşıımının geçerli olması için gerekli şartları ve bu konudaki güvenceleri ortaya koymaktadır. Bunları Şu Şekilde özetlemek mümkündür:

- Zamaşıımı için geçmesi gereken süre uzun olmalı ve hukuk dışı infaz ile zorla kaybetme suçlarının ciddiyetiyle orantılı Şekilde belirlenmelidir.⁹¹² Herhangi bir etkili çözümlün bulunmadığı ve bu çözümlerin uygulamaya konmadığı süre zarflarında zamaşıımı süresi askıya alınmalı ve bu geçen zaman sayılmamalıdır.
- Zamaşıımı süresi boyunca mağdurların ve ailelerinin etkili bir çözüme erişim hakkı güvence altına alınmalıdır.
- Zorla kaybetme suçuna ilişkin olarak, zamaşıımı süresi yalnızca suçun işlenmesinin tamamlandığı andan itibaren sayılmaya başlayabilir. Zorla Kaybetmeler Komitesi, bu şartın "zorla kaybetme suçunun süregelen yapısını"⁹¹³ göz önüne alması ve zamaşıımı için gerekli sürenin "zorla kaybetme suçunun tüm unsurlarının son bulduğu andan"⁹¹⁴ itibaren – yani "kişi canlı olarak bulduktan [veya] kalıntıları bulduktan ya da bunlar kimliklendirildikten sonra"⁹¹⁵ – başlatılması gerektiğini ifade etmiştir.

Zamaşıımı hükümlerinin geçerliliği bağlamında esasa ilişkin veya maddi şartlar aslen soruŐtırma makamları ve yargı mercilerinin

and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Schein - Addendum: Mission to Peru, A/HRC/16/51/Add.3, 15 Aralık 2010, para. 43, V.

⁹¹¹ DED (md. 17); ICPFD (md. 8); IACFDP (md. VII); *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yolıyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler* (İlke 22 ve 23); ve *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar* (md. 7).

⁹¹² Ayrıca bakınız: Zorla Kaybetmeler Komitesi (Committee on Disappearances), *Sözleşme'nin Madde 29 Para. 1'i uyarınca Almanya tarafından sunulan Rapora dair Sonuç Gözlemleri (Concluding Observations on the Report submitted by Germany under Article 29, Para. 1, of the Convention)*, CED/C/DEU/CO/1, 10 Nisan 2014, para. 9; ve İnsan Hakları Komitesi, *Genel Yorum No. 31* (...), Doc. Cit., para. 18.

⁹¹³ *Sonuç Gözlemleri: Belçika*, CED/C/BEL/CO/1, 24 Eylül 2014, para. 19; ve *Uruguay*, CED/C/URY/CO/1, 8 Mayıs 2013, para. 14.

⁹¹⁴ *Sonuç Gözlemleri: Fransa*, CED/C/FRA/CO/1, 8 Mayıs 2013, para. 21.

⁹¹⁵ *Sonuç Gözlemleri: İspanya*, CED/C/ESP/CO/1, 12 Aralık 2013, Para. 12.

faaliyetlerine bağlıdır. Soruşturma ve ceza davalarında gerekli özen kriterlerine uyulmadığında veya cezai yargılama sürecinde yargı yetkililerinin etkisizliğinin, ihmalkarlığının ve eksikliklerinin sonucu olarak mesnetsiz ve hukuki bir dayanağı olmayan gecikmeler yaŐandıęında zamanaşımı hükümleri geçersiz kılınır.⁹¹⁶ Bu durumların herhangi birinde zamanaşımı hükümlerinin uygulanması da adalet tesisinde hile anlamına gelir.

d. Hileli res judicata

Çifte yargılama yasağı (*res judicata*) ve *ne bis in idem* (veya *non bis in idem*) hukuk prensipleri sıklıkla hukuk dışı infaz ve zorla kaybetme suçlarından sorumlu olanlara cezasızlık sağlamak için gayrimeşru bir biçimde kullanılırlar. Uluslararası hukukta bu tür durumlar “adalet tesisinde hile” veya “görünürde kesin hüküm” ya da “hileli kesin hüküm” olarak nitelendirilir ve bunların tamamı cezasızlık biçimleri olarak addedilir. Dolayısıyla uluslararası hukuk, bu iki prensibin cezasızlığı “yasallık” zırhıyla gizlemek için keyfi bir biçimde kullanılmamaları adına bunların uygulanmasına dair açık Şartlar ve sınırlar öngörmektedir.

Ulusal mahkemelerin bir kişiyi iki defa aynı suçtan yargılaması ve/veya cezalandırması açık ve net bir biçimde yasaklanmaktadır.⁹¹⁷ Bu yasak veya *ne bis in idem* (aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz) ilkesi “uluslararası insan hakları hukuku uyarınca korunan cezai kovuşturmaya dair en temel

⁹¹⁶ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Rapor No. 54/01, 16 Nisan 2001, Dosya No. 12.051, *Maria da Penha Maia Fernandes/Brezilya*, para. 44, Rapor No. 55/01, 16 Nisan 2001, Dosya 11.286, 11.407, 11.406, 11.416, 11.413, 11.417, 11.412 ve 11.415, *Aluísio Cavalcante ve diğerleri/Brezilya*, para. 127 ve 128; ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 13 Kasım 2013 tarihli karar, *Anca Mocanu ve diğerleri/Romanya*, Başvuru No. 10865/09, 45886/07 ve 32431/08, para. 224.

⁹¹⁷ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* (Md. 14(7)); *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi* (Md. 8(4)); *Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine, Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Ek Protokol* (Md. 76.(4)(h)); *Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran Roma Statüsü* (Md. 20); *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 10.1); *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 9(1)); *Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü* (md. 9(1)); ve *Lübnan Özel Mahkemesi Statüsü* (Md. 5).

prensiplerden"⁹¹⁸ biridir ve hem uluslararası hem ülke içi silahlı çatışmalarda geçerli bir uluslararası insancıl hukuk normu⁹¹⁹ teşkil eder.

Bununla beraber, uluslararası hukuk bu ilkenin içeriği, kapsamı ve sınırlarını tanımladığı gibi kesin hükmün (*res judicata*) geçerli sayılması için esasa dair ve usuli Şartları da belirler. Dolayısıyla, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, "*Ne bis in idem* ilkesine istinaden, Amerika Sözleşmesi'nin 8 (4). Maddesinde bir insan hakkı olarak tanınmış olmasına rağmen, bu ilke mutlak bir hak değildir ve bu nedenle [belirli durumlarda] uygulanmaz"⁹²⁰ demiştir.

Ne bis in idem ilkesi ve kesin hükmün geçerliliği için gerekli Şartlar aşağıdaki Şekilde zetlenebilir:

- *Ne bis in idem* ilkesi kapsamındaki yasak yalnızca tek bir ülkenin mahkemelerinde geçerlidir; yani uluslararası içtihatla açıkça belirtildiği üzere, farklı ülkelerde bulunan mahkemelerin yasal süreçleri ve kararları için söz konusu değildir.⁹²¹
- *Ne bis in idem* ilkesi yalnızca nihai mahkumiyet, davanın reddi veya beraat kararlarında uygulanır. Buna göre, daha yüksek bir mahkeme bir mahkumiyet kararını bozar ve yeniden yargılama için geri gönderirse veya ceza davası istinai

⁹¹⁸ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *Terörizm ve İnsan Hakları Raporu*, OAS/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 Revs. 1 corr., 22 Ekim 2002, para. 222.

⁹¹⁹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *Terörizm ve İnsan Hakları Raporu*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 Ekim 2002, para. 222.

⁹²⁰ 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve diğerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154, para. 154.

⁹²¹ İnsan Hakları Komitesi: *Genel Yorum No. 32, Madde 14, Mahkemeler karşısında eşitlik ve adil yargılanma hakkı*, para. 57; 2 Kasım 1987 tarihli görüşler, 204/1986 sayılı Bildirim, *A.P./İtalya*, para. 7 (3); ve 28 Temmuz 1997 tarihli görüşler, 692/1996 sayılı Bildirim, *A.R.J./Avustralya*, para. 6 (4). Ayrıca bkz.: Uluslararası Hukuk Komisyonu, 48. oturumunun faaliyetlerine dair *Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu*, 6 Mayıs-26 Temmuz 1996, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Belgesi, (Ek No. 10), A/51/10, Madde 12, s. 36 ve devamı.

sebeplerden dolayı (karar sonrası bulunan kanıtlar gibi) devam ettirilirse söz konusu ilke uygulanmaz.⁹²²

- Yargı kararı yetkin, bağımsız ve tarafsız bir mahkemece verilmeli; adil ve kanunlarda belirlenen esaslara uygun yargılanma hakkına için tüm yargısal güvencelerin sağlandığı bir sürecin sonucu olmalıdır.⁹²³
- Bildirilen mahkeme kararı gerekli özen ve iyi niyetle, zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz suçlarının faillerini soruşturma, yargılama ve cezalandırma yükümlülüğüne uyarak yürütölmüş yasal süreçlerin sonucu olmalıdır.

Dolayısıyla, adil yargılanma ve davanın kanunlarda belirlenen esaslara uygun yürütölmesine dair uluslararası standartlara uymayan süreçler sonucunda elde edilmiş veya bağımsızlık, tarafsızlık ve/veya yetkinlik koşullarını yerine getirmeyen mahkemelerce verilmiş kararlar veya hükümler söz konusu olduğunda, *ne bis in idem* veya yasal olarak geçerli kesin hüküm (*res judicata*) ilkeleri uygulanamaz. Uluslararası içtihadta da tekrarlandığı üzere, böylesi durumlarda dosyanın yeniden açılması veya yeni bir dava açılması kararı *ne bis in idem* veya *res judicata* ilkelerinin ihlali anlamına gelmeden verilebilir.⁹²⁴

⁹²² Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Genel Yorum No. 32*, Doc. Cit., para. 56. Ayrıca bkz. 26 Mart 1992 tarihli görüşler, 277/1988 sayılı Bildirim, *Terán Jijón/Ekvador*, para. 5.4.

⁹²³ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: İnsan Hakları Komitesi, 6 Kasım 1997 tarihli görüşler, 577/1994 sayılı Bildirim, *Polay Campos/Peru*; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 30 Mayıs 1999 tarihli karar, *Castillo Petruzzi ve diğerleri/Peru Davası*, Seri C No. 52 ve 11 Mayıs 2007 tarihli karar, *Rochela Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 163; ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Rapor No. 15/87, 30 Haziran 1987, Dosya No. 9635 (Arjantin).

⁹²⁴ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: İnsan Hakları Komitesi, 6 Kasım 1997 tarihli görüşler, 577/1994 sayılı Bildirim, *Polay Campos/Peru*; 28 Ekim 1981 tarihli görüşler, 63/1979 sayılı Bildirim, *Raúl Sendic Antonaccio/Uruguay*; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 30 Mayıs 1999 tarihli karar, *Castillo Petruzzi ve diğerleri/Peru Davası*, Seri C No. 52, 17 Eylül 1997 tarihli karar, *Loayza Tamayo/Peru Davası*, Seri C No. 33, ve 25 Kasım 2004 tarihli karar, *Lori Berenson Mejía/Peru Davası*, Seri C No. 119; ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Rapor No. 15/87, 30 Haziran 1987, Dosya No. 9635 (Arjantin).

"Somut adalet *non bis in idem* ilkesine devletin insan hakkı ihlallerini soruşturma, yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü bağlamında istisnalar yapılabilmesini gerektirir. [...] Bireylerin devlet tarafından açılacak sonraki davalardan korunma hakları, uluslararası insan hakları hukukunu ihlal edenlerin adalet önüne getirilmesi yükümlülüğüyle birlikte düşünölmelidir."

Peru Ulusal Ceza Dairesi⁹²⁵

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz faili olduğu iddia edilen kişilerin yargılanmasında bir kararın kesin hüküm teşkil etmesi ve *ne bis in idem* ilkeleri, yasal süreç sorumluları adalet önüne getirmeye dair hakiki bir teşebbüs değılse veya aslında sanığı suçlarına ilişkin sorumluluktan koruma amacı taşıyorsa ("hileli kesin hüküm") geçerli sayılmaz.⁹²⁶ Bu bağlamda, *Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler'e* göre: "Devletler zamaşaımı, af, sığınma hakkı, sınırdışı edilmesinin reddi, *non bis in idem* gibi kavramlara ilişkin kuralların suiistimal edilmesini önlemek için koruyucu tedbirler almalı ve uygulamalıdır..."⁹²⁷ ve: "Bir kişinin daha önce uluslararası hukuk uyarınca ağır bir suçla ilişkili olarak yargılanmış olması, söz konusu dava kişiyi cezai sorumluluktan koruma amacı taşımışsa veya bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından uluslararası hukukta ifade edildiğı üzere kanunlarda belirlenen esaslara ve adil yargılanma hakkına uygun olarak değıl de, bunun yerine mevcut koşullarda söz konusu kişiyi adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayan bir biçimde yürütölmüşse, bu

⁹²⁵ 30 Kasım 2005 tarihli karar, Exp. Incidente No. 17-05-D, *Çifte yargılama yasağı ilkesi, Carlos Alberto Tello Aliaga ve diğerleri Davası / Bedensel bütönlüğe ve sağlığa karşı suçlar – Nitelikli insan öldürme – Cinayet / Agraviado Alberto Duran Ugarte ve diğerleri (Double jeopardy principle, Case of Carlos Alberto Tello Aliaga and others / Crimes/body and health- Aggravated homicide – Homicide / Agraviado Nlberto Duran Ugarte and others)*, Yasal dayanak No. 3, s.5.

⁹²⁶ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi: 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru Davası*, Seri C No. 162, 24 Kasım 2004 tarihli karar, *Carpio Nicolle ve diğerleri/Guatemala*, Seri C No. 117; 26 Eylül 2006 tarihli karar, *Almonacid Arellano ve diğerleri/Şili Davası*, Seri C No. 154; ve 12 Eylül 2005 tarihli karar, *Gutiérrez Soler/Kolombiya Davası*, Seri C No. 132. Ayrıca bkz., Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, 15 Ekim 1996 tarihli Rapor No. 36/96, Dosya 10.843, *Héctor Marcial Garay Hermosilla ve diğerleri (Şili)*.

⁹²⁷ İlke 22, "Kısıtlayıcı tedbirlerin mahiyeti" ("Nature of restrictive measures").

kişinin ileride aynı davranışlardan ötürü yargılanmasını engellemez.”⁹²⁸ Aynı şekilde, uluslararası cezai yargı yetkisi alanında da görüldüğü üzere, *ne bis in idem* ilkesi de *res judicata* (kesin hüküm) ilkesi de, ciddi bir uluslararası suçun (insanlığa karşı suç, savaş suçu veya soykırım) faili aynı suça ilişkin olarak kanunlarda belirlenen esaslara uygun biçimde yargılanmamış veya cezalandırılmamışsa, ya da dava bağımsız ve tarafsız bir biçimde yürütülmemiş veya aslen kişiyi uluslararası cezai sorumluluktan muaf kılmayı amaçlamışsa yasal olarak geçerli sayılamaz.⁹²⁹

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *res judicata*'nın mahkeme kararının iyi niyetle ve gerekli özeni göstererek, zorla kaybetme, hukuk dışı infaz ve diğer ciddi insan hakkı ihlallerinin faillerinin soruşturulması, yargılanması ve cezalandırılması yükümlülüğüne uygun bir biçimde yürütülmüş bir sürecin sonunda verilmiş olmadığı durumlarda geçerli sayılamayacağını tasdik etmiştir.⁹³⁰ Benzer olarak Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu da, devletlerin uluslararası yükümlülükleriyle bağdaşmayan ve mağdurların etkili çözüm hakkını ihlal eden bir af yasası kapsamında ulusal mahkeme tarafından verilen davanın reddi kararının geçerli olmadığı sonucuna varmış ve bunun devletleri ciddi insan hakkı ihlallerinin faillerini yargılama ve cezalandırmaya ilişkin uluslararası yükümlülüklerine iyi niyetle

⁹²⁸ İlke 26 (b).

⁹²⁹ 48. oturumunun faaliyetlerine dair Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu, 6 Mayıs-26 Temmuz 1996, Doc. Cit., 12. Madde ve ilgili Yorum, s. 36 ve devamı; *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 10); *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (md. 9); *Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü* (md. 9); *Lübnan Özel Mahkemesi Statüsü* (md. 5); ve *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü* (md. 20).

⁹³⁰ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 14 Mart 2001 tarihli karar, *Barrios Altos/Peru Davası*, Seri C No. 75, para. 41-44; 3 Eylül 2001 tarihli karar, *Barrios Altos Davası (Karara dair Yorum)*, Seri C No. 83, para. 15; 27 Şubat 2002 tarihli karar, *Trujillo Oroza/Bolivya*, Seri C No. 92, para. 106; 29 Ağustos 2002 tarihli karar, *del Caracazo/Venezuela Davası*, Seri C No. 95, para. 119; 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C No. 162, para. 152; 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 182; 24 Kasım 2010 tarihli karar, *Gomes Lund ve diğerleri ("guerrilha do Araguaia")/Brezilya Davası*, Seri C No. 219, para. 171; ve 29 Kasım 2009 tarihli karar, *Dos Erres Katliamı/Guatemala Davası*, Seri C No. 211, para. 129.

uymaktan muaf tutmak veya alıkoymak için kullanılamayacağını belirtmiştir.⁹³¹

“Özellikle de çifte yargılama yasağı kavramına ilişkin, Mahkeme yakın zamanda, davanın reddedildiğı veya bir insan hakkı ihlali sorumlusunun beraat ettiğı bir davada, eğer söz konusu sonuç uluslararası hukuka aykırı biçimde elde edilmişse, sanığı cezai sorumluluktan tamamen muaf kılma sonucu doğuruyorsa veya süreç kanunlarda belirlenen esaslara uygun biçimde bağımsız ve tarafsız şekilde yürütülmemişse *non bis in idem* ilkesinin geçerli olmadığı kararına varmıştır. Bahsedilen şartlarda verilen bir mahkeme kararı çifte yargılama yasağına ilişkin yalnızca “suni” veya “hileli” bir zemin sunar.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁹³²

Peru,⁹³³ Arjantin⁹³⁴ ve Kolombiya’daki⁹³⁵ yüksek mahkemeler *ne bis in idem* ilkesi ve *res judicata* ilkesinin kapsamındaki kısıtlılığı tekrar etmişlerdir. Dolayısıyla Peru’daki Ulusal Ceza Dairesi, “Uluslararası hukukun, halihazırda sağlanmış olan adaletin gayrimeşru olduğu

⁹³¹ Rapor No. 36/96, Dosya No. 10.843 (Şili), 15 Ekim 1996; Rapor No. 34/96, Cases 11.228, 11.229, 11.231 and 11282 (Şili), 15 Ekim 1996, Para. 105; Rapor No. 25/98, Dosya 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 Nisan 1998:

Rapor No. 36/96 15 Ekim 1996, Dosya No. 10.843, *Héctor Marcial Garay Hermosilla ve diğerleri (Şili)*, para. 106 ve devamı, Rapor No. 133/99, Dosya No. 11.725, *Carmelo Soria Espinoza (Şili)*, 19 Kasım 1999.

⁹³² 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162, para. 153.

⁹³³ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Anayasa Mahkemesi, 15 Kasım 2007 tarihli karar, Dosya No. 03938- 2007-PA/TC, *Anayasal Dava, Julio Rolando Salazar Monroe tarafından sunulan savunma talebi (Constitutional Action, Request for defense filed by Julio Rolando Salazar Monroe)*; ve 2 Mart 2007 tarihli karar, Dosya No. 679-2005-PA/TC – Lima, *Santiago Enrique Martin Rivas*.

⁹³⁴ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Yüksek Adalet Divanı (Supreme Court of Justice), 21 Ağustos 2003 tarihli karar, *Videla, Jorge Rafael, Çifte yargılama yasağı ilkesinin ve görevsizliğin revizyonu (Videla, Jorge Rafael, Revision of double jeopardy principle and lack of jurisdiction)*. 21/08/2003— Kararlar: 326:2805; ve 14 Haziran 2005 tarihli karar, *Simón, Julio Héctor ve diğerleri haksız tutuklama, vs. Davası*, Dosya no. 17.768.

⁹³⁵ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: Anayasa Mahkemesi, 20 Ocak 2003 tarihli Karar C-004/03, dosya D-4041, *Kanun 600 2000 veya Ceza Muhakemesi Kanunu içinde 220. Madde 3. Fıkra hakkında anayasaya aykırılık davası (Lawsuit of unconstitutionality against Article 220 numeral 3 partial of Law 600 2000 or the Criminal Procedure Code)*.

durumlarda *non bis in idem* ilkesine istisna kabul ettiğini” onaylamış ve Öyle açıklamıştır: “ifte yargılama yasağı ilkesi uluslararası hukukta mutlak değildir. Kararın kesin hüküm teşkil etmesi için kararın öncelikle yasal ve meşru olması gerekir. Genel itibariyle gayrimeşru sayılan – ve dolayısıyla aynı hususta ikinci bir davayı izinli kılan –  dava çeŐidi bulunmaktadır: a) tarafsız veya bağımsız olmamıő olan davalar; b) sanığı uluslararası cezai sorumluluktan korumak için tasarlanmış davalar; c) zenli ve titiz bir biçimde yürütülmemiş davalar. Böylesi ‘düzmece davalar’, *non bis in idem* ilkesine istisna teşkil ettikleri gibi kötü niyet doktriniyle uyumludurlar.”⁹³⁶

e. Cezaların orantılılığı ve gülünç cezalar

Uluslararası hukuk uyarınca, zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz suçlarından sorumlu olanları cezalandırırken, devletlerin bu yükümlülüklerinin parçası olan iki temel ilkeye uygun hareket etmesi gerekir: Bunlar da, belli cezalandırma biçimlerine ilişkin yasaklar ve orantılı ceza ilkesidir.

Birinci ilke kapsamında, uluslararası hukuk zalimane, insanlık dışı ve küçültücü cezaların verilmesini mutlak bir biçimde yasaklamaktadır.⁹³⁷ Fiziksel ceza ve kişinin hürriyetinden yoksun kılınmasına ilişkin uluslararası standartlara aykırı hapisane

⁹³⁶ 30 Kasım 2005 tarihli karar, Exp. Incident No. 17-05-D, *ifte yargılama yasağı ilkesi, Carlos Alberto Tello Aliaga ve diğerleri Davası / Bedensel btnlğe ve sağlığa karşı suçlar – Nitelikli insan ldrme – Cinayet / Agraviado Nilberto Duran Ugarte ve diğerleri (Double jeopardy principle, Case of Carlos Alberto Tello Aliaga and others / Crimes v. body and health- Aggravated homicide – Homicide / Agraviado Nilberto Duran Ugarte and others)*, Yasal Dayanak, s. 7.

⁹³⁷ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* (Md. 15); *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi* (Md. 7); *İŞkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme*; *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi* (md. 5); ve *Amerikalılar Arası İŞkencenin nlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi*.

şartlarında hapis cezası verilmesi de mutlak biçimde yasaktır.⁹³⁸ Aynı şekilde, uluslararası hukuk hüküm giymiş kişinin ötesine geçen cezaları⁹³⁹ ve kolektif cezalandırmayı⁹⁴⁰ da mutlak olarak yasaklamaktadır. Dolayısıyla hiçbir yargı yetkilisi, kişinin hüküm giydiği suç ne derece ağır olursa olsun, bu mahiyette bir ceza veremez.⁹⁴¹

Uluslararası hukuk gereğince, zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz suçundan mahkum edilenlere işledikleri suçların ağırlığına uygun ve orantılı cezaların verilmesi yükümlülüğü bulunmaktadır.⁹⁴² Uluslararası sözleşme ve belgelerde zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz suçlarına verilmesi gereken cezaların detayları belirtilmemektedir. Cezanın niceliğini kararlaştırmak ulusal mevzuata bırakılmıştır. Bununla beraber, devletlerin kendi suç tanımları kapsamında cezaları belirlemede sonsuz bir özgürlüğü bulunmamaktadır ve mahkemeler her bir vakadaki ağırlaştırıcı

⁹³⁸ İnsan Hakları Komitesi Genel Yorum No. 20; *İnsan Hakları Komitesi'nin Sonuç Gözlemleri: Irak*, CCPR/C/79/Add.84, 19 Kasım 1997 Para. 12; *Libya*, CCPR/C/LBY/CO/4/, Para. 16; *Trinidad ve Tobago*, CCPR/CO/70/TTO, Kasım 2000, Para. 13; ve *Yemen*, CCPR/CO/84/YEM, 9 Ağustos 2005, Para. 16; 6 Kasım 1997 tarihli karar, 577/1994 sayılı Bildirim, *Polay Campos/Peru*, par. 8.4 ve devamı, ve 28 Ekim 2005 tarihli karar, 1126/2002 sayılı Bildirim, *Marlem Carranza Alegre/Peru*, par. 7.4); İşkenceye karşı Komite (*İşkenceye karşı Komite'nin sonuç ve tavsiyeleri: Suudi Arabistan (Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: Saudi Arabia)*, CAT/C/CR/28/5 12 Haziran 2002, par. 4 (b) ve 8 (b); ve "Peru'ya dair incelemenin sonuçlarının özeti" ("Summary of the results of the investigation in relation to Peru") (Sözleşme'nin 20. Maddesi), A/56/44, par. 183 ve 184); Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, (25 Kasım 2005 tarihli karar, *García Asto ve Ramírez Rojas/Peru Davası*, Seri C No.137, par. 221 ve devamı, ve 11 Mart 2005 tarihli karar, *Caesar v. Trinidad ve Tobago Davası*, Seri C No. 123, par. 60 ve ss).

⁹³⁹ *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi*, Madde 5 (3).

⁹⁴⁰ İnsan Hakları Komitesi: *Genel Yorum No. 29*, Doc. Cit., para. 11; 26 Mart 1986 tarihli görüşler, 138/1983 sayılı Bildirim, *Ngalula Mpandanjila ve diğerleri/Zaire*, para. 8.2; *İnsan Hakları Komitesi'nin Sonuç Gözlemleri: Libya*, CCPR/C/LBY/CO/4, para. 20. Ayrıca bkz., Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *Terörizm ve İnsan Hakları Raporu*, Doc. Cit., para. 227.

⁹⁴¹ İnsan Hakları Komitesi, *Genel Yorum No. 20*, Doc. Cit., paras. 2 and 3.

⁹⁴² *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (Md. 7); *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme* (Md. III); *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* (Md. 4.1); ve *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* (İlke 1).

sebepleri görmezden gelemezler. Yani bu ilke, mahkemeler tarafından uygulanan kanun hükümlerinde belirlenen cezaların keyfi veya suçun ağırlığı ile orantısız olmamasını zorunlu kılmaktadır. Tabii ki orantılılık ilkesi, suçun ağırlığı ve benzer ağırlıktaki suçlara kanunda verilen cezalar ışığında değerlendirilmelidir.

“Cezasızlık, devletlerin faillere ilişkin – özellikle de adli anlamda – gerekli adımları atmaya dair, yani cezai sorumluluğu olduğundan şüphelenilen kişilerin yargılanması, kovuşturulması ve gereken şekilde cezalandırılmasına yönelik [...] yükümlülüklerini yerine getirememesinin bir sonucudur.”

*Cezasızlığın Sona Erdirilmesi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Teşvikine Yönelik Güncellenmiş Rehber İlkeler*⁹⁴³

Orantılı ceza ilkesine itaatsizlikle gülünç cezaların verilmesi, uluslararası hukuk uyarınca bir fiili cezasızlık biçimi olarak kabul edilir. Bu ilke uluslararası ceza hukukunda yaygın kabul görmekte ve uluslararası ceza mahkemelerinin statülerince katı bir biçimde düzenlenmektedir.⁹⁴⁴ Bu mahkemelerin statüleri, gülünç ceza verilmesi yoluyla cezasızlık elde etmeyi amaçlayan yasal bir süreç sonunda verilen (yerel) mahkeme kararlarının yok sayılmasına izin vermektedir. Bu bağlamda, Uluslararası Hukuk Komisyonu, davaların amacının suçun ağırlığıyla orantılı olmayan cezalar vererek cezasızlık sağlamak olduğu durumlarda *non bis idem* ilkesini geçerli kabul etmediğini, dolayısıyla uluslararası toplumun da ceza adaleti ilkelerini ciddi biçimde ihlal eden kararları tanımak zorunda olmadığını ifade etmiştir.⁹⁴⁵

⁹⁴³ İlke 1.

⁹⁴⁴ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *İnsanlığın Barış ve Güvenliği aleyhine Suçlar hakkındaki Sözleşme Taslağı* (1996) 12. Madde; *Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (Md. 10(2)); *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü* (Md. 9(2)); ve *Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran Roma Statüsü* (Md. 20(3)).

⁹⁴⁵ 48. oturumunun faaliyetlerine dair *Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Raporu, 6 Mayıs-26 Temmuz 1996 (Report of the International Law Commission on the work of its 48th session, 6 May- 26 July 1996)*, Doc. Cit., Yasa Taslağının 12. Maddesine ilişkin Yorum, p. 71-75; ve 46. oturumunun faaliyetlerine dair *Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Raporu, 2 Mayıs-22 Temmuz 1994 (Report of the International Law Commission on the work of its 46 session - 2 May to 22 July 1994)*, ek belge no. 10 (A/49/10), s. 86.

Uluslararası koruma organları, suçun ağırlığıyla hiçbir şekilde orantılı olmayan gülünç cezaların verilmesinin fiili bir cezasızlık biçimi olduğu ve bunun ciddi insan hakkı ihlallerinin orantılı şekilde cezalandırılması yükümlülüğünün bir ihlali anlamına geldiği görüşündedirler.⁹⁴⁶ Uluslararası insan hakları kurumları, geçiş dönemi adaleti süreçlerinde dahi devletlerin orantılı ceza ilkesine uyması ve bunu güvence altına alması gerektiği belirtmektedirler.⁹⁴⁷

Zorla Kaybetmeler Komitesi, ICPED'in, zorla kaybetme suçunu "ciddiyetini ve ağırlığını göz önüne alarak orantılı bir şekilde cezalandırma"⁹⁴⁸ ve buna uygun biçimde tanımlama yükümlülüğü getirdiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, Komite'ye göre:

- Zorla kaybetme suçunda hapis cezasına alternatif olarak yalnızca para cezası verilmesini düzenleyen hükümler değiştirilerek tek başına para cezası uygulaması kaldırılmalıdır.⁹⁴⁹
- Mevzuat ve mahkemeler ceza alt sınırını belirlerken zorla kaybetme suçunun ciddiyetini ve ağırlığını göz önünde bulundurmalıdır.⁹⁵⁰
- Suç tanımında belirtilen ceza alt ve üst sınırları arasındaki fark çok büyük olmamalı ve ceza alt sınırı zorla kaybetme suçunun ağırlığı göz önüne alınarak belirlenmelidir.⁹⁵¹

Orantılı ceza ilkesi, cezanın hafifletilmesi için sebepler veya sonradan uygulanan ceza indirimleri yoluyla yumuşatılabilir. Genellikle insanlığa karşı suçlar, soykırım, savaş suçları ve uluslararası insan hakları hukukunun ciddi biçimde ihlal edilmesi durumlarında böylesi hafifletici nedenlerin uygulaması

⁹⁴⁶ İşkenceye karşı Komite, 17 Mayıs 2005 tarihli karar, *Kepa Urra Guridi/İspanya*, 212/2002 sayılı Bildirim, UN Doc. CAT/C/34/D/212/2002, para. 6, 7.

⁹⁴⁷ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *İnsan Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Kolombiya*, CCPR/C/79/Add.76, 5 Mayıs 1997, para. 32; ve *İşkenceye karşı Komite Sonuç Gözlemleri: Kolombiya*, CAT/C/COL/CO/4, 19 Kasım 2009, para. 13.

⁹⁴⁸ *Sonuç Gözlemleri: Almanya*, CED/C/DEU/CO/1, 10 Nisan 2014, para. 8; *İspanya*, CED/C/ESP/CO/1, 12 Aralık 2013, para. 10; *Belçika*, CED/C/BEL/CO/1, 24 Eylül 2014, para. 12; ve *Fransa*, CED/C/FRA/CO/1, 8 Mayıs 2013, para. 37.

⁹⁴⁹ *Sonuç Gözlemleri: Hollanda*, CED/C/NLD/CO/1, 10 Nisan 2014, para. 16 ve 17.

⁹⁵⁰ A.g.e.

⁹⁵¹ *Sonuç Gözlemleri: Uruguay*, CED/C/URY/CO/1, 8 Mayıs 2013, para. 11 ve 12.

kısıtlanmıŐtır. Bunlar ancak "hukukun genel ilkeleri kapsamında [...] olası hafifletici nedenleri sınırlandıran kriterlere"⁹⁵² uygun olduklarında uygulanabilirler. Söz konusu suçların ağırlığı göz önüne alınarak, ceza hukukunun standart hafifletici sebeplerinin uygulanması reddedilmiştir. Nürnberg Mahkemesi'nden bu yana uluslararası hukuk, cezayı hafifletici veya verilmiş bir hükümde sonradan indirim yapılmasına imkan veren birtakım nedenleri muhafaza etmiştir. Uluslararası ceza mahkemeleri içtihatlarında bunlar failin yaşı ve/veya kişisel durumu, suça iştirak derecesi ve sağılık durumuyla sınırlıdır.⁹⁵³

Cezanın hafifletilmesi ve/veya cezai indirim için koşul oluşturması kabul edilen özel sebeplerden biri, kişinin adalet sistemiyle – özellikle de suçun aydınlığa kavuşturulması için – etkili biçimde iŐbirliğı yapmasıdır.⁹⁵⁴ Bu koşul, zorla kaybetme, hukuk dışı infaz ve "gizli" veya kaçak mezarlar söz konusu olunca farklı bir anlam kazanır: Saniğın iŐbirliğı yaptığı hususlar mağıdurun akibeti ve bulunduğı yerin açığa çıkarılmasını da içermelidir. Bu bakımdan ICPE'de, "özellikle zorla kaybetme suçuna bir şekilde karışmış kişinin, kaybedilmiş kişinin canlı olarak bulunmasına etkili bir biçimde katkı sunduğı veya zorla kaybetme vakalarının aydınlatılmasını ya da failerin tespit ve teşhis edilmesini mümkün kıldığı durumların hafifletici neden sayılması"⁹⁵⁵ öngörölmüŐtür. Benzer biçimde DED'de de "zorla kaybetme suçuna iştirak etmiş olup sonrasında mağıdurların canlı olarak bulunmasında önemli rol oynayan veya zorla kaybetme vakalarının aydınlatılmasını sağılayacak bilgileri gönüllü olarak paylaŐan kişiler için ulusal

⁹⁵² 48. oturumunun faaliyetlerine dair Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu, 6 Mayıs-26 Temmuz 1996, ek belge no. 10 (A/51/10), Madde 15, s. 42.

⁹⁵³ Bkz. 48. oturumunun faaliyetlerine dair Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu, 6 Mayıs-26 Temmuz 1996, Doc. Cit., 12. Madde'ye ilişkin Yorum, s. 36 ve devamı ve 46. oturumunun faaliyetlerine dair Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporu, 2 Mayıs-22 Temmuz 1994, ek belge no. 10 (A/49/10), Madde 15 ve Yorumu, s. 42 ve devamı.

⁹⁵⁴ Diğlerinin yanı sıra, bakınız: *Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* (Md. 4); *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme* (Md. III); *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (Md. 7); ve *Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü* (Md. 110(4)).

⁹⁵⁵ Madde 7 (2) (a).

mevzuatta cezayı hafifletici nedenlerin bulunabileceği”⁹⁵⁶ ifade edilmektedir. Bu koşullar “gizli” hukuk dışı infaz veya kaçak mezarlar söz konusu olduğunda da aynı biçimde geçerlidir.

6. Sınırötesi Yargı Yetkisi ve Uluslararası İŞbirliği

Zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz suçlarını engellemek ve ortadan kaldırmak adına uluslararası hukuk devletlere birtakım yükümlölükler getirmektedir.

“Olayların mahiyeti ve ciddiyeti göz önünde bulundurularak, hele ki dava konusunun sistematik bir insan hakkı ihlali olduğu düşünölünce, cezasızlığın ortadan kaldırılması ihtiyacı, uluslararası toplum nezdinde devletlerin bu amaçla işbirliği yapmasını gerektirecek bir husus olarak ortaya çıkmaktadır. Adalete erişim uluslararası hukukta *jus cogens* kuralı teşkil eder ve buna bağlı olarak, devletlerin böylesi ihlallerin cezasız kalmasını engellemek için gerekli tüm tedbirleri – yargı yetkilerini ulusal mevzuatlarını ve uluslararası hukuku uygulayarak bu olaylardan sorumlu olanları yargılamak ve eninde sonunda cezalandırmak amacıyla kullanmak veya bu amaçla başka devletlerle işbirliği yapmak suretiyle – *erga omnes* uygulama yükümlölüğünü doğurur.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi⁹⁵⁷

İlk olarak, bu tür bir suçun faili olduğu iddia edilen kişi hangi devletin sınırları dahilinde bulunmuşsa o devletin, fail olduğu iddia edilen kişinin ve mağdurun uyuğuundan veya suçun nerede işlendiğinden bağımsız olarak yargılama veya sınırdışı ederek ülkesine iade etme yükümlölüğü (*aut dedere aut judicare*) vardır.⁹⁵⁸ Dolayısıyla, üçüncü bir ülke, sanığı iade etmediği takdirde, ceza yargılama yetkisini sınırötesi bir biçimde, yabancı bir kişiyi başka bir

⁹⁵⁶ Madde 4 (2).

⁹⁵⁷ 29 Kasım 2006 tarihli karar, *La Cantuta/Peru*, Seri C, No. 162, para. 160.

⁹⁵⁸ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (Md. 9 ve 11); *Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme* (Md. IV); *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* (İlke 18); *Savaş suçları ve insanlığa karşı suçları işleyen kişilerin cezalandırılması, sınırdışı edilmesi, tutuklanması ve belirlenmesinde uluslararası işbirliği ilkeler* (*Principles of international cooperation in the detection, arrest, extradition and punishment of those guilty of war crimes or crimes against humanity*); ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *Uluslararası Suçların Yargılanması*'na (*Trial for International Crimes*) dair Karar No. 1/03, 24 Ekim 2003.

Ülkede zorla kaybetmek ve/veya hukuk dışı infaz etmekle suçlanan yabancı bir kişiye ilişkin kullanabilir ve hatta kullanmalıdır. Bu durumda, siyasi suçlarda iade etmeye dair uluslararası hukuk kapsamında tasarlanan sonuç, yani diğer bir deyişle siyasi suçluların iade edilmemesi kuralı geçerli değildir. Dolayısıyla ICPED⁹⁵⁹ ve IACFDP,⁹⁶⁰ sanığın iade edilmesi hususunda zorla kaybetmenin siyasi bir suç, siyasi bir suçla bağlantılı bir suç veya siyasi saiklerle işlenmiş bir suç olarak değerlendirilemeyeceğini açıkça belirtir.

Bu bağlamda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de "sınırdışı ederek ülkesine iade etmenin bu açıdan önemli bir araç olduğunu" ifade etmiştir: "Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin, bu olayda işlenen ihlallerin cezasız kalmasını kovuşturma ve gerektiğinde cezalandırma yoluyla engellemek adına birbirleriyle işbirliği yapmaları gerektiğini beyan etmeyi uygun bulmaktadır. Dahası, [...], hiçbir devlet, konuya dair uluslararası ykmllklere aykırı düŐme riski yaratarak yasal mekanizmaları usulsz biçimde iŐletmek suretiyle insan haklarına aykırı suç iŐlemekle suçlanan kişilere doğrudan veya dolaylı olarak koruma sağlayamaz. Sonuç olarak, Amerika Sözleşmesi'nde belirtilen kolektif garanti mekanizmaları ve bu husustaki bölgesel ve evrensel uluslararası ykmllkler, bu bölgede bulunan devletleri, ya kişileri iade etmeyi kabul ederek ya da olaylardan sorumlu olanları yargılayarak, bu konuda iyi niyetle işbirliği yapmaya zorunlu kılmaktadır [...]."⁹⁶¹

İkinci olarak, devletler, bu suçların engellenmesi ve ortadan kaldırılmasında birbirleriyle işbirliği yapmak zorundadır. İnsan Hakları Komitesi, Taraf Devletlerin, aynı zamanda, Sözleşme'yi ihlal eden ve ulusal ya da uluslararası hukuk uyarınca cezayı gerektiren fiil ve davranışları işlemiş olanların adalet önüne getirilmesi için de birbirlerine yardımcı olmaları gerektiğini vurgulamıştır.⁹⁶² ICPED ise "Taraf Devletlerin birbirlerine zorla kaybetme suçuна ilişkin cezai dava süreçlerinde, yargılama için gerekli ellerindeki tüm kanıtları

⁹⁵⁹ Madde 13.

⁹⁶⁰ Madde V.

⁹⁶¹ 22 Eylül 2006 tarihli karar, *Goibur vd./Paraguay Davası*, Seri C No. 153, para. 132.

⁹⁶² *Genel Yorum No. 31*, Doc. Cit., para. 18.

aktarmak dahil, en üst düzeyde karşılıklı hukuksal yardım sağlamalarını”⁹⁶³ zorunlu kılmıştır.

Devletlerarası işbirliğinin bir başka açıdan gerekliliği de şöyle tarif edilmektedir: “Tara f Devletler birbirleriyle işbirliğinde bulunacak ve birbirlerine zorla kaybetme mağdurlarına destek olmak, kaybedilmiş kişileri aramak, bulmak ve özgürlüklerine kavuşturmak ve ölmüş olmaları durumunda kalıntılarının mezardan çıkarılmasını, kimlik teşhisi yapılmasını ve yakınlarına iade edilmesini sağlamak amacıyla birbirlerine en üst düzeyde karşılıklı yardım sunacaklardır”⁹⁶⁴. Benzer biçimde, ICPEd,⁹⁶⁵ DED⁹⁶⁶ ve IACFDP’de⁹⁶⁷ de ifade edildiği üzere, devletler zorla kaybedilmiş annelerinin tutsaklığı sırasında hayata gelmiş çocukları aramak, kimliklerini saptamak ve bulmak için de karşılıklı yardımlaşma içerisinde olmalıdır.

⁹⁶³ Madde 14 (1).

⁹⁶⁴ *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*, 15. Madde.

⁹⁶⁵ Madde 25 (3).

⁹⁶⁶ Madde 20.

⁹⁶⁷ Madde XII.

VI. BÖLÜM: ADLİ BİLİMLERİN ROLÜ

“İnsan hakları vakalarında adli araştırmaların bağımsızlığı ve özerkliği güvence altına alınmalıdır. Bu güvence, ihlallerde devletin ve devlet aktörlerinin rolü olduğunda daha da fazla önem kazanır. Farklı deneyimler karşılaştırılarak, bunun, sivil toplumun ve uluslararası toplumun desteği ve sürece dahil olan uzmanların kalitesi (çünkü onların deneyim ve uzmanlıkları başarılı bir soruşturmaın güvencesi olacaktır) sayesinde sağlandığı anlaşılmıştır.”

Peru Ombudsmanı⁹⁶⁸

1. Giriş

1970’li yıllardan bu yana, adli bilimlerin ve özellikle de adli antropolojinin zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz vakalarını aydınlatmada, mağdurları bulup kimlik tespiti yapmada ve bu suçları soruşturmak için bilimsel protokoller oluşturmada kullanılması gerektiği gittikçe daha aşık hale gelmiştir. O döneme dek ciddi insan hakkı ihlallerinin soruşturulmasında adli bilimlerin rolü uluslararası toplm tarafından nadiren irdelenmiş bir mesele olarak durmaktaydı. Ancak, zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz suçlarını bilimsel olarak araştırma ve mağdurlara ne olduğuna ilişkin etkili cevaplar bulma ihtiyacı bu yaklaşımın zamanla değişmesine sebep olmuştur.

Latin Amerika’daki yaygın zorla kaybetme pratiği bu süreçte önemli rol oynamıştır. Nitekim WGIED⁹⁶⁹ ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu,⁹⁷⁰ Arjantin’de, 1976 ve 1979 yılları arasında

⁹⁶⁸ Defensoría del Pueblo (Peru Ombudsmanı) ve Peru Adli Antropoloji Ekibi-Epaf, *Manual para la investigación eficaz ante el hallazgo de fosas con restos humanos en el Peru*, Lima, 2002 (İspanyolca orjinalinden mealen çevrilmiştir).

⁹⁶⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu (Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances)*, E/CN.4/1983/14, 21 Ocak 1983, para. 29.

⁹⁷⁰ *Arjantin’de İnsan Haklarının Durumuna İlişkin Rapor (Report on the Situation of Human Rights in Argentina)*, OAS/Ser.L/V/II.49, Doc. 19, 11 Nisan 1980, Bölüm II

birçok bedenın "kimliklerinin neden belirtilmediğine dair hiçbir açıklama sunulmadan"⁹⁷¹ gömülmüş olduğu toplu mezarların varlığından söz etmektedir. Arjantinli yetkililere göre bu ölü bedenler, "devlet güçleriyle çatışma sırasında öldürülmüş kadın ve erkeklere aitti."⁹⁷² Çoğu kez mağdurlar gece geç vakitte askerler tarafından mezarlık yetkililerinin müdahalesini mümkün kılmayacak şekilde toplu mezarlara gömülmekteydi. Komisyon, ayrıca, bu kişiler için ölüm belgeleri çıkarılmış olsa dahi otopsilerde hatırı sayılır eksikliklerin bulunduğunu da tespit etmiş ve bölgedeki başka ülkelerde de benzer durumlar olduğunu bildirmiştir.⁹⁷³

Guatemala'da kaybedilmiş kişilere ilişkin olarak, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, 1981 senesinde durumu şöyle ifade etmiştir: "Bedenler, neredeyse istisnasız olarak vahşice öldürülmek suretiyle tanınmaz hale getirilmiş, çıplak ve kimliklerine dair belge veya işaret taşıyamaz şekilde bulunmaktadır. Birçok defa yakılmış ya da okyanusa veya bir yanardağın ağzına atılmış olurlar. Ayrıca, pek çok vakada saptandığı üzere, özellikle de defalarca kıyımdan geçmiş yerli veya kırsal alanda yaşıyan topluluklar söz konusu olduğunda, kişilerin bedenlerinin büyük toplu mezarlarda birlikte gömülmüş olarak ve halihazırda çürümüş şekilde bulunduğu görülmüştür"⁹⁷⁴. Komisyon ayrıca "'gizli mezar' diye tabir edilen, hatta insanların 'ceset çöplüğü' olarak bahsettiği" yerlerin varlığını da kayda geçirerek şöyle aktarmıştır: "Bunların amacı, iç bölgelerde bulunan 'toplulu mezarlar'inkine benzer olarak, birçok kırsal bölgede ve yerli topluluklara yönelik olarak gerçekleştirilmiş

"Yaşam Hakkı" ("The Right to Life"), "D. NN: Kimliği belirsiz ölüler" ("D. The NN: Unidentified dead.")

⁹⁷¹ A.g.e.

⁹⁷² A.g.e.

⁹⁷³ Örneğin, bakınız, *Şili'de İnsan Haklarının Durumuna Dair Rapor (Report on the Situation of Human Rights in Chile)*, OAS/Ser.L/V/II.77.rev.1, Doc. 18, 8 Mayıs 1990, Bölüm III "Yaşam Hakkı" ("The Right to life"); ve *Bolivya Cumhuriyeti'nde İnsan Haklarının Durumuna Dair Rapor (Report on the Situation of Human Rights in the Republic of Bolivia)*, OAS/Ser.L/V/II.53, doc. 6 rev. v2, 13 Ekim 1981, Bölüm II "Yaşam Hakkı" ("The Right to life").

⁹⁷⁴ *Guatemala Cumhuriyeti'nde İnsan Haklarının Durumuna Dair Rapor (Report on the Situation of Human Rights in the Republic of Guatemala)*, OAS/Ser.L/V/II.53, Doc. 21 Revs. 2, 13 Ekim 1981, Bölüm II "Yaşam Hakkı" ("The Right to life"), "E. Kayıp Kişiler" ("E. Missing Persons"), para. 5.

hukuk dışı infazlarda topluca katledilmiŐ kayıp kişilerin bedenlerini suçuun failleri için risk oluŐturmayacak Şekilde saklamak ve bedenlerin çürümesi vasıtasıyla mağdurların tanınmasını imkansız kılmaktır.⁹⁷⁵

"Katiller genellikle kurbanlarını 'kaybederek' suçlarını örtbas ederler. Bundan dolayı mağdurların bedenleri genellikle aylar veya yıllar sonra, mezar yeri olduğuna dair herhangi bir işaret konmamıŐ sığ çukurlarda bulunurlar. Ölülerin bedenlerinin bu tarz bir muamele ile ortadan kaldırılması sıklıkla kimlik tespitini ve ölüme sebebi ve biçiminin saptanmasını da zorlaŐtırmaktadır. Bazı durumlarda bedeninin yumuşak dokusunun çürümesi morluk, kesici veya delici alet yarası veya barut yanıkları gibi travma izlerini yok eder. Bazılarında ise failler kimlik tespitini engellemek veya diğerlerinin gözünü korkutmak için kurbanlarının bedenlerini ya ölümden önce ya da ölümden sonra kasten tahrip ederler." *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenebilir ve Soruşturulmasına Dair Kurallar*

El Salvador (1979)⁹⁷⁶ ve Bolivya'da (1982)⁹⁷⁷ kurulmuş zorla kaybedilmelere ilişkin komisyonlar da soruŐturmalardaki ciddi eksiklikleri ve bilimsel yöntem ve protokollere duyulan ihtiyacı gözler önüne sermiŐtir. Nitekim Bolivya örneğinde, WGEID, konuya dair uzmanların ve adli araştırma yöntemlerinin yokluğunda Komisyon'un eksik bıraktığı hususlara dikkat çekerek adli uzmanlardan oluşan ekiplerin oluşturulmasını tavsiye etmiştir.⁹⁷⁸

Askeri dikta rejimi sırasında (1976-1983) kaybedilmiş kişilere ilişkin vakaları araŐtırmakla görevli Kişilerin Kaybedilmesine ilişkin Arjantin Ulusal Komisyonu'nun (*Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, yani CONADEP-kısaltma İspanyolca isminin baş harfleridir)⁹⁷⁹ kurulması, bir dönüm noktasına işaret

⁹⁷⁵ A.g.e., "F. Gizli Mezarlıklar" ("F. Secret Cemeteries"), para. 1.

⁹⁷⁶ *Kaybedilmeler ve siyasi tutsaklar konusunu araştırmak için özel komisyon (Special commission to investigate the issue of the disappearances and political prisoners)*, 6 Kasım 1979 tarihli 9 sayılı Kararname ile, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun tavsiyesi üzerine kurulmuştur.

⁹⁷⁷ *Kaybedilmiş Vatandaşlar ile ilgili Ulusal Araştırma Komitesi (National Investigative Committee on Disappeared Citizens)*, 28 Ekim 1982 tarihli 19241 sayılı Yüksek Kararname uyarınca kurulmuştur.

⁹⁷⁸ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu Raporu*, E/CN.4/1985/15, 25 Ocak 1985, para. 62 ve 64.

⁹⁷⁹ 187 sayılı 15 Aralık 1983 tarihli Kararname uyarınca kurulmuştur.

etmektedir. CONADEP ve *Plaza de Mayo Anneanneleri'nin (Grandmothers of the Plaza de Mayo)* talebi üzerine, Amerikan Bilimi İlerletme Derneği (American Association for the Advancement of Science - AAAS) Bilim, İnsan Hakları ve Hukuk Programı 1984 senesinde Arjantin'e adli uzmanlardan oluşan bir heyet göndermiştir. Heyet, "birçok adli tıp kurumunun tozlu depolarında plastik torbalar içinde tutulmakta olan mezardan çıkarılmış ve kimliği belirsiz yüzlerce iskelet" bulmuş; "torbaların birçoğunda birden fazla kişinin kemiklerinin birlikte yer aldığını görmesi üzerine heyet, fethi kabir işlemlerinin derhal durdurulması çağrısında bulunmuştur."⁹⁸⁰ Heyetin üyelerinden biri olan adli antropolog Clyde Snow'un yönlendirmesiyle fethi kabir çalışmaları ve iskelet kalıntılarının analizi için bilimsel tavsiyelerde bulunacak bir uzman ekibi oluşturulmuştur. Ayrıca, yine Dr. Snow'un desteğiyle, 1984 senesinde Arjantin Adli Antropoloji Ekibi (EAAF, kısaltma İspanyolca isminin baş harflerinden oluşmaktadır) kurulmuştur. Daha sonra Adli Antropoloji Ekipleri (Forensic Anthropology Teams, kısaca FAT) Peru, Guatemala, Kolombiya ve Uruguay'da da kurulmuş, adli antropologlardan oluşan geniş bir uluslararası ağ oluşturulmuştur. EAAF ve diğer FAT'ların faaliyetleri bölgedeki diğer ülkelere, hatta başka kıtalara dahi yayılmıştır. Aynı şekilde, FAT'ların uzmanlıkları, uluslararası ceza mahkemelerindeki yargı süreçlerinde de önemli bir rol oynar hale gelmiştir.

"FAT'lar [Adli Antropoloji Ekipleri – Forensic Anthropology Teams], bilgiyi, beceriyi ve uygun araç-gereçlerin kullanımını arttırıp yaygınlaştırmak ve fethi kabir sırasında profesyonelce olmayan, yani diğer bir deyişle bilimsel olmayan yöntemlerin kullanılmasını engellemek amacıyla ortaya çıkmıştır. Örneğin kazı için iş aletlerinin kullanımı kanıtlara zarar verebilir veya onları tümünden yok edebilir. Emniyet teşkilatından veya yargı sistemi içerisinde uzmanların müdahalesi, bulguların keşfi ve delillerin toplanmasına engel teşkil edebileceği gibi görev yapan personel içerisinde çıkar çatışmalarına bile yol açabilir." Silvia Dutrénit Bielous⁹⁸¹

⁹⁸⁰ Arjantin Adli Antropoloji Ekibi (The Argentine Forensic Anthropology Team), "EAAF'nin Tarihçesi" ("The History of EAAF"), http://eaaf.typepad.com/founding_of_eaaf/

⁹⁸¹ "Los equipos de antropología forense en América Latina: coadyuvantes en el camino de la verdad y la justicia", *Democracia ve Derechos Humanos* içerisinde, Sene 2- No. 3, April 3003, Ed. Centro Internacional de Estudios Políticos – Universidad

Bu bağlamda uluslararası insan hakları organları, sivil toplum kurumları ve bağımsız uzmanlar, hukuk dışı infaz ve zorla kaybetme vakalarının araştırılması için uluslararası standartların ve bilimsel protokollerin benimsenmesinin gerekliliğine işaret etmiştir. Dolayısıyla Uluslararası Af Örgütü, 1979'un başlarından itibaren hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlara ilişkin bilimsel araştırma için belli standartların benimsenmesi çağrısında bulunmaktadır. 1980 yılında Birleşmiş Milletler Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu kayıp ya da haber alınamayan kişilerin aranması için doğru ve uygun yöntemlere olan ihtiyacı vurgulamıştır.⁹⁸² Benzer biçimde, 1980 yılında kurulduğu andan beri WGEID, çoğu ülkede zorla kaybetme vakalarının soruşturulması ve mağdurların kimliklerinin tespit edilmesi için bilimsel yöntem ve protokollerin var olmayışından şikayet etmektedir.⁹⁸³ Bir yandan da 1983 senesindeki ilk raporundan bu yana hukuk dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlar Özel Raportörü de bu ciddi insan hakkı ihlali vakalarının soruşturulmasında bazı temel standartların benimsenmesi ihtiyacının altını çizmektedir.⁹⁸⁴

Tüm bu çağrılarının sonucunda birtakım uluslararası norm ve standart geliştirilmiştir. Bu meseleyi konu alan ilk uluslararası belge, 1989 yılında Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından tavsiye edilen *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler*'dir.⁹⁸⁵ Sonrasında da pek çok adli uzmanın da katkıları ve katılımıyla *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair Kurallar* geliştirilmiştir. Kayıp kişilerin aranmasında ve zorla kaybetme suçunun yargı yoluyla durdurulmasında adli bilimin rolü, 2006 yılında *Bütün Kişilerin Zorla*

Nacional de San Martin, Buenos Aires, s. 30 (İspanyolca orjinalinden mealen çevrilmiştir).

⁹⁸² Karar 18 (XXXIII), "Herhangi bir gözaltı veya tutukluluk biçimine maruz bırakılmış kişilerin insan hakları meselesi" ("Question of human rights of the persons subjected to any form of detention or imprisonment"), 11 Eylül 1980.

⁹⁸³ Karar 18 (XXXIII), "Herhangi bir gözaltı veya tutukluluk biçimine maruz bırakılmış kişilerin insan hakları meselesi" ("Question of human rights of the persons subjected to any form of detention or imprisonment"), 11 Eylül 1980.

⁹⁸⁴ BM Belgesi (UN Doc). E/CN.4/1983/16, 31 Ocak 1983, para. 230 (4).

⁹⁸⁵ 1989/65 sayılı 24 Mayıs 1989 tarihli Karar.

Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'de⁹⁸⁶ yer bulmuştur. Dolayısıyla, adli bilimin, uluslararası toplum tarafından, zorla kaybetme ve hukuk dışı infaz mağdurların ailelerinin hakikat, adalet ve tazminat hakkını yerine getirmek adına bu vakaların aydınlatılmasında önemli bir araç olarak gittikçe artan bir biçimde kabul gördüğünü söylemek mümkündür.

“Mağdurların (burada kastedilen yalnızca öldürölmüş veya kaybedilmiş kişiler değil, aynı zamanda onların şiddetten doğrudan etkilenmiş aileleri ve yakınlarıdır) ve toplumun genelinin hakikati bilme, adalet ve tazminata erişme ihtiyacı, söz konusu çözüm ve tazminat [için gerekli] unsurların keşfine vesile olacak yöntemleri sağlayacak bilimsel araçları gerektirir. Bu araçlardan biri de ana bilgi kaynağı veya kaynaklarının şiddet olaylarının mağdurlarının rastgele şekilde bulunan iskeletleşmiş kalıntıları olduğu durumlarda, sosyal ve fiziksel antropoloji ile arkeoloji bilimlerini uygulamaya koyarak şiddet olayını anlamak, aydınlatmak ve telafisini sağlamak için gerekli unsurları ortaya çıkaran adli antropolojidir.”

Diego Casallas ve Juliana Padilla⁹⁸⁷

2. Genel Hususlar

Günümüzde adli bilimlerin zorla kaybetme ve “gizli” infaz ve/veya “gizli defin” mağdurlarını arama, bulma ve kimliklerini tespit etme ile suçların aydınlatılması ve soruşturmasında ve cezai yargılama süreçlerinde çok önemli bir rol oynadığı şüphe götürmez bir gerçektir.

İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi'nin ifade ettiği üzere: “Adli bilimler, genellikle suçların kovuşturulması amacıyla, duruşma sırasında cezai soruşturmanın parçası olarak delil vasfıyla sunulacak olan olgusal gerçeklerin bilimsel yollarla ortaya çıkarılmasıyla ilgilenmektedir. Diğer kullanım amaçları arasında insan hakkı ihlalleri sonucu veya doğal afetlerin neden olduğu çoklu ölüm vakalarında kayıp olan kişileri teşhis etmek de bulunmaktadır. Dolayısıyla adli bilim, hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulanmasını sağlayan araçlardan biridir ve buna bağlı olarak kendisinin de bu

⁹⁸⁶ Madde 19.

⁹⁸⁷ Casallas, Diego A. ve Juliana Padilla Piedrahita, “Antropología forense in el conflicto armado in el contexto latinoamericano. Estudio comparativo Argentina, Guatemala, Peru and Colombia”, *Revista Maguaré* içerisinde, No. 18, Universidad Nacional de Colombia, 2004 (İspanyolca orijinalinden mealen çevrilmiştir).

ilkeye uyması gereklidir.”⁹⁸⁸ Yüksek Komiser, ayrıca adli bilimler yoluyla elde edilenler dahil bilimsel kanıtların böylesi süreçlerde daha fazla kullanılabilir olmasının, itiraf benzeri manipüle edilmesi veya polisin kötü muamelesi ya da yolsuzluk yoluyla tamamen uydurulması daha kolay olan delil biçimlerine bel bağlama ihtiyacını azaltacağına da vurgu yapmıştır.⁹⁸⁹

Önceki BM İnsan Hakları Komisyonu, “adli bilimsel araştırmaların, ciddi insan hakkı ve uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu olan kişilerin başarılı bir biçimde kovuşturulabilmesi için gerekli delile dayalı zemini oluşturarak cezasızlığı sona erdirmeye önemli bir rol oynayabileceğinin”⁹⁹⁰ altını çizmiştir.

BM İşkence Özel Raportörü’nün belirttiğii üzere: “Adli bilim uzmanları, suçlamalarla tıbbi delillerin birbirleriyle bağdaşıp bağdaşmadığına ve bunun doğrudan suçu işlemiş olanlar ile onların amirlerinin başarılı bir biçimde kovuşturulması için gerekli delile dayalı zemini oluşturup oluşturamayacağına dair uzman analizi sunarlar. Tıbbi kayıtlar, genellikle herhangi bir tanık olmadan işlenen bir suç olmasından dolayı işkence sonrası hayatta kalanların sıklıkla karşı karşıya kaldığı nesnel kanıt yokluğunun üstesinden gelmede önemli katkı sunarlar. İşkence iddialarının kovuşturulmasında delile dayalı zemin uzman görüşü sayesinde olduğundan bir adli bilimcinin çalışmaları, işkenceye dair cezasızlığı sona erdirmeye çabalarıyla yakından ilgilidir.”⁹⁹¹

⁹⁸⁸ *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi’nin hakikat hakkı, adli genetik ve insan haklarına ilişkin raporu (Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the right to the truth and on forensic genetics and human rights)*, A/HRC/15/26, 24 Ağustos 2010, para. 2.

⁹⁸⁹ *Çatışma sonrası Devletler için hukukun üstünlüğü araçları, Kovuşturma girişimleri (Rule-of-law tools for post-conflict States, Prosecution initiatives)*, HR/PUB/06/4, New York/Cenevre, 2006.

⁹⁹⁰ 19 Nisan 2005 tarihli ve 2005/26 sayılı Karar.

⁹⁹¹ *İşkence ve diğer zalimane, gayri insani ve küçültücü muamele ve cezaların önlenmesi Özel Raportörü Ara Raporu (Interim Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment)*, UN Doc. A/69/387, 23 Eylül 2014, para. 19.

Adli bilimler tıp, genetik, adli antropoloji ve arkeoloji ile "balistik, grafoloji [ve] olay yeri inceleme dahil başka disiplin, teknoloji ve yöntemleri"⁹⁹² kapsamaktadır.

Zorla kaybetme ve hukuk dışı infaza istinaden, birçok uluslararası belge ve standart, soruşturma ve adli delil zorunluluğunu açık bir biçimde ifade etmektedir. Bunlar arasında:

- *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*,⁹⁹³
- *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler*⁹⁹⁴ ("İnfazlara dair İlkeler");
- *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair Kurallar* ("Minnesota Protokolü"); ve
- *Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz vakalarında arama süreçleri ve adli soruşturmaya dair ilkeler ve asgari standartlar üzerine uluslararası mutabakat* ("Uluslararası mutabakat") da bulunmaktadır.

Adli soruşturma, zorla kaybetme ve keyfi veya hukuk dışı infaz mağdurlarının bedenlerini veya kalıntılarını, ölümlerin gerçekleştiği koşulların saptanması ve genel kabul görmesine yönelik bilimsel kanıt bakımından analiz etme ve teşhis etmeye dair teknik ve disiplinler arası bir süreç olarak tanımlanmaktadır. Bu süreç, mağdurlarla ve aileleriyle temas, ölüm öncesine dair bilginin toplanması, arkeolojik kazı ve bulguların toparlanması, bulunmuş olan beden ve/veya kalıntıların analizi, bunların teşhisi, adli raporun hazırlanması ve mağdurlar ile ailelerine teslimini içermektedir. Uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukukun ciddi biçimde ihlalini içeren vakalarda adli soruşturmanın amaçları, mağdurların kimliğini, ölüm sebebini ve ölümün yüksek ihtimalle gerçekleşmiş olduğu biçimi saptamaktır."

Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz vakalarında arama süreçleri ve adli soruşturmaya dair ilkeler ve asgari standartlar üzerine uluslararası mutabakat

⁹⁹² A.g.e., para. 20.

⁹⁹³ Madde 19.

⁹⁹⁴ 9, 12, 13, 14, 16 ve 17. İlkeler.

Yukarıda bahsi geçenlere ek olarak ve zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz mağdurlarının aynı zamanda işkence, kötü muamele ve cinsel şiddet mağduru oldukları da göz önüne alınarak aşağıdaki uluslararası standartların da konuyla ilgili olduğu belirtilmelidir:

- *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Küçültücü Muamele ve Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenmesine Kılavuzluk Eden İlkeler,*
- *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu ("İstanbul Protokolü"),*
- *Çatışmalarda Cinsel Şiddetin Belgelendirilmesi ve Soruşturulmasına İlişkin Uluslararası Protokol ("İngiliz Uluslar Topluluğu Protokolü").*

Bu norm ve standartların – özellikle de Minnesota ve İstanbul Protokolleri ile *Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz vakalarında arama süreçleri ve adli soruşturmaya dair ilkeler ve asgari standartlar üzerine uluslararası mutabakat*'ın ve genel olarak adli bilimin rolü, BM Genel Kurulu,⁹⁹⁵ önceki BM İnsan Hakları Komisyonu,⁹⁹⁶ BM İnsan Hakları Konseyi⁹⁹⁷ ve Amerikan Devletleri Örgütü⁹⁹⁸ tarafından özellikle vurgulanmıştır.

İnsan haklarının korunması için uluslararası organ ve prosedürler, devletlerin arama, soruşturma ve kovuşturma çalışmalarında adli bilime ilişkin bu standartlarda belirlenmiş kural ve prosedürlere titizlikle uymaları gerektiğini belirtmiştir. Bu, diğerlerinin yanı sıra,

⁹⁹⁵ Örneğin, bakınız, BM Genel Kurulu 19 Aralık 2006 tarihli ve 61/155 sayılı Kararı ve 18 Aralık 2013 tarihli 68/165 sayılı Kararı.

⁹⁹⁶ Örneğin, bakınız, BM İnsan Hakları Komisyonu 5 Mart 1993 tarihli 1993/33 sayılı Kararı, 4 Mart 1994 tarihli 1994/31 sayılı Kararı, 19 Nisan 1996 tarihli 1996/31 sayılı Kararı, 17 Nisan 1998 tarihli 1998/36 sayılı Kararı, 20 Nisan 2000 tarihli 2000/32 sayılı Kararı, 23 Nisan 2003 tarihli 2003/33 sayılı Kararı, ve 19 Nisan 2005 tarihli 2005/26 sayılı Kararı.

⁹⁹⁷ Örneğin, bakınız, BM İnsan Hakları Konseyi 27 Mart 2009 tarihli ve 10/26 sayılı Kararı ve 29 Eylül 2010 tarihli ve 15/5 sayılı Kararı.

⁹⁹⁸ Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu 4 Haziran 12 tarihli ve AG/RES. 2717 (XLII-O/12) sayılı Kararı ve 5 Haziran 2013 tarihli ve AG/RES. 2794 (XLIII-O/13) sayılı Kararı.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi,⁹⁹⁹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komitesi,¹⁰⁰⁰ İnfazlar Özel Raportörü,¹⁰⁰¹ İşkenceye karşı Komite,¹⁰⁰² İşkencenin Önlenmesi Alt Komitesi¹⁰⁰³ ve İşkence Özel Raportörü¹⁰⁰⁴ tarafından da vurgulanmıştır. Bu hususta, örneğin İnfazlar Özel Raportörü ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, mağdurları teşhis etme, otopsi, defin, vs. gibi faaliyetlerde İnfazlara dair İlkeler'e uymama veya uymayı başaramamanın, bazı durumlarda örtbas etme yoluyla hukuk dışı infaza iştirak etme biçimi dahi teşkil edebileceğine dikkati çekmiştir.

3. Uzmanlar: Bağımsızlık ve Tarafsızlık

Uluslararası norm ve standartlar, adli hizmet ve/veya uzmanların "suça karışmış olması olası olan tüm kişi, örgüt ve kuruluşlardan

⁹⁹⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202; 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Baldeón García/Peru Davası*, Seri C No. 147; 23 Eylül 2009 tarihli karar, *Garibaldi Brezilya Davası*, Seri C No. 203, Para. 155; 31 Ağustos 2010 tarihli karar, *Rosendo Cantú ve Diğerleri/Meksika Davası*, Seri C No. 216; 7 Haziran 2003 tarihli karar, *Juan Humberto Sánchez/Honduras Davası*, Seri C No. 99; 31 Ocak 2006 tarihli karar, *Pueblo Bello Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 140; 1 Mart 2005 tarihli karar, *Serrano Cruz Kardeşler/El Salvador Davası*, Seri C No. 120; 3 Temmuz 2004 tarihli karar, *Molina Theissen/Guatemala Davası*, Seri C No. 108; 12 Eylül 2005 tarihli karar, *Gutiérrez Soler/Kolombiya Davası*, Seri C No. 132; 16 Kasım 2009 tarihli karar, *González ve Diğerleri ("Pamuk Tarlası")/Meksika Davası*, Seri C No. 205; ve 14 Kasım 2014 tarihli karar, *Rodríguez Vera vd. (Adalet Sarayı'ndan Kaybedilenler)/Kolombiya Davası*, Seri C No. 287.

¹⁰⁰⁰ 18 Kasım 1997 tarihli Rapor No. 55/97, Dosya No. 11.137, *Juan Carlos Abella ve diğerleri (Arjantin)*, Para. 413.

¹⁰⁰¹ BM Belgeleri (UN Docs.) E/CN.4/1991/36, para. 591 ve E/CN.4/1990/22, para. 463.

¹⁰⁰² *Genel Yorum No. 3: Madde 14'ün Taraf Devletler tarafından uygulanması (General Comment No. 3: Implementation of article 14 by States parties)*, Doc. Cit., para. 25.

¹⁰⁰³ *İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani ve Küçültücü Muamele ve Cezaların Önlenmesi Alt Komitesi'nin Honduras ziyareti Raporu (Report on the visit of the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment to Honduras)*, CAT/OP/HND/1, 10 Şubat 2010, para. 95.

¹⁰⁰⁴ *İşkence ve diğer zalimane, gayri insani ve küçültücü muamele ve cezaların önlenmesi Özel Raportörü Ara Raporu*, A/69/387, 23 Eylül 2014, para. 18 ve devamı; *İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani ve Küçültücü Muamele ve Cezaların Önlenmesi Özel Raportörü'nün Raporu*, A/62/221, 13 Ağustos 2007, para. 47.

bağımsız ve tarafsız bir biçimde faaliyet gösterebilmesi gerektiğinin"¹⁰⁰⁵ altını çizmektedir. Bu zorunluluk, devletlerin soruşturmaların "bağımsız ve tarafsız organlarca"¹⁰⁰⁶ yürütülmesini sağlama yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. (bkz. IV. Bölüm: "Soruşturma").

Bu bakımdan İşkence Özel Raportörü, "adli tıp hizmetlerinin, polis ya da ceza ve tevkif evleri gibi hükümetin yetki alanında değil, yargının veya başka bir bağımsız otoritenin yetki alanında olmasını"¹⁰⁰⁷ tavsiye etmiştir.

Zorla kaybetme ve/veya hukuk dışı infaz mağdurların hakikatin etkili bir biçimde soruşturulmasına hakları vardır.¹⁰⁰⁸ Bu hak kapsamında kanıt ve uzman raporu sunmanın yanı sıra adli uzmanların sunduğu delillere ilişkin bilirkişi görüşü talep etmek de bulunur. Örneğın, mağdurların ailelerinin kanıt sunma ve otopsi sırasında kendi doktorlarını veya diğeri bir nitelikli temsilcilerini bulundurma hakları vardır.¹⁰⁰⁹ Bu açıdan, Amerikalılar Arası İnsan

¹⁰⁰⁵ *Yasa Dışı, Keyfi ve Hukuk dışı İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* (İlke 14); *İşkence ve Diğeri Zalimane, İnsanlık Dışı ve Küçültücü Muamele ve Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenmesine Kılavuzluk Eden İlkeler* (İlke 2); *İşkence ve Diğeri Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşğılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu*; ve *Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz vakalarında arama süreçleri ve adli soruşturmaya dair ilkeler ve asgari standartlar üzerine uluslararası mutabakat* (Standart 15 ve 16 ve *İyi uygulamalar için Tavsiyeler (Recommendations for good practices)* No. 16.10).

¹⁰⁰⁶ İnsan Hakları Komitesi, *Genel Yorum No. 31 (...)*, Doc. Cit., para. 15.

¹⁰⁰⁷ 2002/38 sayılı Komisyon kararı uyarınca *İşkence Meselesi üzerine Özel Raportörün Raporu (Report of the Special Rapporteur on the Question of Torture submitted in accordance with Commission)*, E/CN.4/2003/68, 7 Aralık 2002, para. 26. K).

¹⁰⁰⁸ *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme* (Md. 24(2)); *Yasa Dışı, Keyfi ve Hukuk dışı İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* (İlke 16); *İşkence ve Diğeri Zalimane, İnsanlık Dışı ve Küçültücü Muamele ve Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenmesine Kılavuzluk Eden İlkeler* (İlke 4); *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar* (Md. 11(c) ve 12); ve *Suç Mağduru ve Tanığı olan Çocukları ilgilendiren Konularda Adalete ilişkin Rehber İlkeler* (Md. 20).

¹⁰⁰⁹ *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler* (İlke 16); *İşkence ve Diğeri Zalimane, İnsanlık Dışı ve*

Hakları Mahkemesi de tüm aile bireylerinin soruşturmanın bütün aşama ve düzeylerinde tam erişim, hareket kapasiteleri ve kendi kanıtlarını sunma olanaklarının bulunması gerektiğini belirtmiştir.¹⁰¹⁰

"Birçok adli tıp kurumu ve sağlık uzmanının bağımsız ve tarafsız olamaması, faillere ilişkin cezasızlıkla mücadelede ve mağdurlara zararlarının tazmininin sağlanmasında ciddi bir engel teşkil etmektedir. İşkence mağduru olduğu iddia edilenleri adli tıp açısından değerlendirmek, gözaltında ölümleri soruşturmak ve ceza davalarında adli delil sunmakla görevli sağlık uzmanlarının kurumsal ve işlevsel olarak polis, yargı, ordu ve cezaevi idarelerinden bağımsız olması gereklidir. Kanun ve uygulaması onların tamamen tarafsız biçimde faaliyet göstermesini sağlamalı ve güvence altına almalıdır."

*İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani ve Küçültücü Muamele ve Cezaların Önlenmesi Özel Raportörü*¹⁰¹¹

Aileler tarafından tayin edilen adli uzmanların yargılama süreçlerine katılımının mümkün olması son derece önemlidir. Bu doğrultuda Uluslararası Mutabakat iyi bir uygulama olarak şöyle önermektedir: "Ailenin yasal temsilci, psikososyal veya adli uzman tayin etmiş olduğu durumlarda, bu kişilerin mağdurların yeri ve akıbetine dair soruşturma sürecine katılımları sağlanacaktır."¹⁰¹²

"Zorla kaybetme, hukuk dışı veya keyfi infaz mağdurlarının yakınlarının kayıp kişiyi arama ve adli soruşturma süreçlerine aktif katılımını teşvik

Küçültücü Muamele ve Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenmesine Kılavuzluk Eden İlkeler (İlke 4); *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu*; ve *Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz vakalarında arama süreçleri ve adli soruşturmaya dair ilkeler ve asgari standartlar üzerine uluslararası mutabakat* (Standart 3 ve *İyi uygulamalar için Tavsiyeler* No. 3(4)).

¹⁰¹⁰ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202, para. 118; 4 Temmuz 2006 tarihli karar, *Ximenes Lopes/Brezilya Davası*, Seri C No. 149, para. 193; 1 Temmuz 2006 tarihli karar, *Ituango Katliamı/Kolombiya Davası*, Seri C No. 148, Para. 296; 7 Haziran 2003 tarihli karar, *Juan Humberto Sánchez/Honduras Davası*, Seri C No. 99, para. 186; ve 29 Ağustos 2002 tarihli karar, *Caracazo/Venezuela (Tazminat) Davası*, Seri C No. 95, para. 118.

¹⁰¹¹ *İşkence ve diğer zalimane, gayri insani ve küçültücü muamele ve cezaların önlenmesi Özel Raportörü Ara Raporu*, A/69/387, 23 Eylül 2014, para. 62.

¹⁰¹² *İyi uygulamalar için Tavsiyeler (Recommendations for good practices)* No. 3(4).

etmek ve kolaylaştırmak adına gerekli çaba gösterilmelidir. Bunun bir parçası olarak kişilerin bir araya gelip kendilerini organize edebileceği ve iyi hissedebileceği, hakikat, hafıza ve kapsamlı tazminat haklarını etkileyen teknik ve yasal süreçlere ilişkin bilinçli karar almalarını kolaylaştıracak mekanların varlığı önemsenmelidir.”

*Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz vakalarında arama süreçleri ve adli soruŐtırmaya dair ilkeler ve asgari standartlar üzerine uluslararası mutabakat*¹⁰¹³

Bu hususta İŞkence Özel Raportörü, “savcı ve mahkemeler, kurumsal olarak nereye bağlı olduklarına bakılmaksızın, sadece resmi akreditasyonu olan uzmanların raporlarını değerlendirmekle sınırlandırılmamalı” demiŐ ve “mahkemelerin devlete bağlı olmayan uzmanları devre dışı bırakmaması, ‘resmi statüsü’ olan uzmanların ifadelerine ise sırf bu statülerinden dolayı daha fazla ağırlık vermemesi gerektiğini”¹⁰¹⁴ belirtmiştir. Özel Raportör’ün yine buna benzer olarak ifade ettiği üzere: “Kamusal adli tıp kurumları, yargı süreçlerinde adli delil sunma alanını tekellerinde bulundurmamalıdır;”¹⁰¹⁵ devletler sivil toplum kurumları veya tıp uzmanlarının bağımsız adli raporlarının ceza davalarında delil olarak kabul edilebilmesini sağlamalı; ¹⁰¹⁶ ve devlete bağlı olmayan uzmanların devletin yapmış olduğu testleri inceleme ve kendi bağımsız değerlendirmelerini yapma haklarını güvence altına almalıdır.¹⁰¹⁷

Adli bilimler alanında sivil toplum kurumları son derece önemli bir rol oynamaktadır.¹⁰¹⁸ Dolayısıyla, hükümetlerarası organlar, devletlere soruŐtırmaların planlanması ve yürütülmesi konusunda sivil toplum

¹⁰¹³ Standart 3.

¹⁰¹⁴ *İŞkence ve diğer zalimane, gayri insani ve küçültücü muamele ve cezaların önlenmesi Özel Raportörü Ara Raporu, A/69/387, 23 Eylül 2014, para. 53.*

¹⁰¹⁵ *2002/38 sayılı Komisyon kararı uyarınca İŞkence Meselesi üzerine Özel Raportör’ün Raporu (Report of the Special Rapporteur on the Question of Torture submitted in accordance with Commission), E/CN.4/2003/68, 7 Aralık 2002, para. 26.*

¹⁰¹⁶ *İŞkence ve diğer zalimane, gayri insani ve küçültücü muamele ve cezaların önlenmesi Özel Raportörü Ara Raporu, A/69/387, 23 Eylül 2014, para. 53.*

¹⁰¹⁷ A.g.e.

¹⁰¹⁸ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız, önceki BM İnsan Hakları Komisyonu, 19 Nisan 2005 tarihli ve 2005/26 sayılı “İnsan hakları ve adli bilimler” (“Human rights and forensic science”) Kararı.

kurumlarıyla işbirliği ve koordinasyonlarını geliőtirmeleri tavsiyesinde bulunmuştur.¹⁰¹⁹

4. İskeletleşmiş Kalıntıların Mezardan Çıkarılması, Otopsi ve Analizi

İskeletleşmiş kalıntıların araştırılması, otopsi, mezardan çıkarılması ve analizine ilişkin protokolleri içeren *Minnesota Protokolü* (bkz. Ek No. 5), hukuk dışı veya keyfi infazlar, “zorla kaybetme” sonucu ölümler¹⁰²⁰ veya “herhangi bir şiddet içeren, ani, beklenmeyen veya şüpheli ölüm”¹⁰²¹ söz konusu olduğunda, devletlerin uyması ve uygulaması gereken temel çerçeveyi sunar.

“Olası bir ölümün soruşturulması yükümlülüğü bağlamında hakikatin etkili bir biçimde saptanması çabası, [...] olay yerinin ve kurbanların bedenlerinin incelenmesi sırasında [...] atılan ilk adımların ve alınan ilk tedbirlerin titizliğinden anlaşılır olmalıdır; [burada] delillerin muhafaza edilmesi ve bedenin aktarılıp otopsisinin yapılması gibi soruşturmaya katkı sağlayacak adımların atılması için birtakım temel prosedürlerin uygulanması gerekir. [...] Bir ölüm olayının soruşturulmasında gerekli özenin gösterilmesi, tüm adli delil unsurlarına ilişkin olarak delil zincirinin bütünlüğünün bozulmadan kurulmasını gerektirir.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi¹⁰²²

Bu bağlamda, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin *Minnesota Protokolü*’ne uymak zorunda olduklarını ve “insan kalıntılarının otopsilerinin ve analizlerinin, yetkin uzmanlar tarafından imkan dahilindeki en iyi prosedürler uygulanarak çok titiz ve dikkatli bir biçimde yapılması”¹⁰²³ gerektiğini ifade etmiştir.

¹⁰¹⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: İnsan Hakları Konseyi, 27 Mart 2009 tarihli 10/26 sayılı “Adli genetik ve insan hakları” (“Forensic genetics and human rights”) Kararı.

¹⁰²⁰ *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu*, p. 1.

¹⁰²¹ A.g.e., p. 17.

¹⁰²² 14 Kasım 2014 tarihli karar, *Rodríguez Vera vd. (Adalet Sarayında Kaybedilenler)/Kolombiya Davası*, Seri C No. 287, para. 489.

¹⁰²³ 6 Nisan 2006 tarihli karar, *Baldeón García/Peru Davası*, Seri C No. 147, para. 96. Aynı bağlamda, bakınız: *Pueblo Bello Katliamı/Kolombiya Davası*, Doc. Cit., para. 177; *Mapiripán Katliamı/Kolombiya Davası*, Doc. Cit., para. 224; ve 15 Haziran 2005 tarihli karar, *Moiwana Topluluğu/Surinam Davası*, Seri C No. 124, para. 149.

Minnesota Protokolü'nde belirlenen koşullar: Kurbanın teşhis edilmesi; ölüm sebebi, Şekli, yeri ve zamanı ile ölümüne neden olmuş olabilecek olan herhangi bir olay örüntüsü veya pratiğin tespit edilmesi; doğal ölüm, kaza sonucu ölüm, intihar ve cinayetin birbirlerinden ayırt edilmesi ve ölümle ilişkili delillerin faillerin olası yargılama süreçlerinde kullanılmak üzere toparlanıp muhafaza edilmesine yöneliktir. *Minnesota Protokolü* bu hedefler doğrultusunda:

- Ölenin (kurbanın) bedeninin veya kemiklerinin bulunduğu yer ile çevresinin kapatılıp emniyet ve kayıt (yazılı ve fotoğrafla) altına alınması;
- Bedenin kontrolü, belgelendirilmek suretiyle kaydı (yazılı ve fotoğrafla) ve korunması ile resmi yetkililer ve adli uzmanların katılımı, bilimsel ve teknik yöntemlerin kullanımıyla otopsi yapılması;
- İnsan kalıntılarının resmi yetkililer, adli uzmanlar, bilimsel ve teknik yöntemlerin parçası olduğu bir süreçle idaresi, kaydı (yazılı ve fotoğrafla), incelenmesi ve muhafaza edilmesi;
- Kalıntıları mezardan çıkarma, mezar açma işlemlerinin idaresi ve mezarların kazılmasıyla resmi yetkililerin ve adli uzmanların katılımı, bilimsel ve teknik yöntemlerin kullanımı suretiyle ilgilenilmesi;
- Bedenin ve/veya kemiklerin yeri ve yakın çevresindeki tüm maddi kanıtların toplanması, etiketlenmesi ve muhafaza edilmesi;
- Bölgede bulunan tüm kişiler ile olası tanıkların tespit edilmesi alanlarında açık ve net standartlar oluşturur.

"[Adli mevzularda] esas düşman geçen zamandır. Herhangi bir zorla kaybetme veya başka vakada ideal olan [...] olayın gerçekleşmesinden hemen sonra soruşturmaya başlatmaktır. [...] Zaman bozulma ve çürümelere neden olur; zaman, delillerin en temel düzeyde değişmesine sebep olacak bir dizi olguyu meydana çıkarır – ta ki söz konusu deliller artık pek de işe yarar olmayan bir hale gelene kadar. Kemikler, su, topraktaki asit miktarı veya başka etmenlerden taksonomik olarak değişecek derecede etkilenebilir."

José Pablo Baraybar Do Carmo¹⁰²⁴

Minnesota Protokolü, otopsi, belgelendirme süreci, iç ve dış denetleme sırasında izlenecek adımları, kullanılacak yöntem ve araçları ve adli patoloğların rolünü belirlemektedir. Otopsiyi yapanların, bedenın bulunduğu ve ölüm olayının gerçekleştiğinin düşünöldüğü yerler dahil soruşturma kapsamında erişilmiş olan tüm veri ve bilgiye erişimi olmalıdır.¹⁰²⁵

Mezar açma ve kemiklerin incelenmesine gelecek olursak, *Minnesota Protokolü* adli antropoloji kapsamında izlenmesi gereken adım ve prosedürleri ifade etmektedir. Bunlar yalnızca iskeletleşmiş kalıntıların analiziyle sınırlı değildir. “Çürümenin bir süreç olması” dolayısıyla farklı adli uzmanlar incelemeye dahil olabilir ve “açığa çıkmış kemik varsa veya kemik travması söz konusuysa bir antropolog taze bir bedeni de inceleyebilir. [...] Bedenin çürüme seviyesi, soruşturma biçimini ve dolayısıyla uygulanacak protokolü veya protokolleri belirleyecek olan etmendir.”¹⁰²⁶ *Minnesota Protokolü* ayrıca kazı sürecinde izlenecek adımları, prosedürleri, kullanılacak yöntemleri ve adli arkeoloğların rolünü de belirlemektedir.

“Adli müdahalenin temel araçlarından biri Ölüm Öncesine ilişkin Bilgi Formu’dur (Ante Mortem Fact Sheet). Bu form kayıp kişilere dair bir dizi spesifik soru içerir ve bireysel hafıza yoluyla zorla kaybetme mağdurlarının biyolojik ve sosyal profillerinin oluşturulabilmesini sağlar. Ölüm Öncesine ilişkin Bilgi Formu, ister aile bireyi olsun ister olmasın kaybedilmiş kişiyi tanıyan veya en son gören kişilerin bir tanıklığı olduğu gibi aynı zamanda mağdurun hayatının film karesini andıran bir kesiti niteliğindedir. [...] Ölüm Öncesine ilişkin Bilgi Formu kişinin teşhis edilmesini kolaylaştırıcı bir işlev görür. Burada bulunan bilgileri fethi kabir işlemleri ve bulunan kemiklere yapılan ölüm sonrası incelemenin (otopsi)

¹⁰²⁴ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi’nde görölen *Anzualdo Castro/Peru Davasında* kamuya açık duruşmada Birlikli ifadesi, 2 Nisan 2009, (22 Eylül 2009 tarihli karar, *Anzualdo Castro/Peru Davası*, Seri C No. 202).

¹⁰²⁵ *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler*, İlke 12.

¹⁰²⁶ *Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair Kurallar*, İskeletleşmiş Kalıntıların Mezardan Çıkarılması ve Analizi için Model Protokol adlı Bölüm V’e Giriş (Introduction to Section V Model Protocol for Disinterment and Analysis of Skeletal Remains).

sonuçlarıyla karşılaştırmak gerekir. Bu karşılaştırma yoluyla kurbanın kimliği tespit edilebilir.”

Peru Adli Antropoloji Ekibi¹⁰²⁷

Sürecin merkezi unsurlarından biri mağdurun ölüm öncesi (*ante mortem*) bilgilerinin tespit edilmesidir. Bunlar, kayıp ve/veya infaz edilmiş kişinin tüm kişisel, fiziksel, klinik verileri ile diş kayıtlarından oluşmaktadır. Tüm bu bilgiler bir “ölüm öncesine ilişkin kayıt” kapsamında muhafaza edilmelidir. Bu tarz bilgiler özellikle de iskeletleşmiş kalıntıların analizine dayalı kimlik teşhisi sürecinde gereklilik arz eder. Peru Adli Antropoloji Ekibi’nin de bahsetmiş olduğu üzere, “ölüm öncesine ilişkin veri adli antropoloji yoluyla mağdurların teşhis edilmesi için şarttır. [...] Bunların yokluğunda mağduru teşhis etmek mümkün değildir.”¹⁰²⁸

Uygulanan tüm prosedürler ve tüm faaliyetler belgelendirilmeli ve nihai rapora dahil edilmelidir. Bu rapor, tüm bulgulara ilişkin sonuçları, kanıtları, varılan sonuçları, ölüm sebeplerini ve tavsiyeleri içermelidir. Ayrıca işkenceye ve/veya cinsel şiddete dair herhangi bir kanıt varsa raporda bulunmalıdır.

“Zorla kaybetme veya keyfi ya da hukuk dişi infaz mağdurlarını arama süreçlerinde ve adli soruştırmalarda mağdurların yakınlarının sürekli açık ve net bir biçimde, gelecekte atacakları adımlara ilişkin karar vermelerini sağlamak üzere bilgilendirilmeleri gerekir. Bilgi edinme hakkının kapsamında: (a) kaybedilmiş veya infaz edilmiş kişileri arama süreci, adli soruştırma, bu kapsamdaki faaliyetler, etkileri, sonuçları ve haklara – özellikle de bu tür olaylara içkin zararların telafisi hakkına dair bilgiye erişim; bu, bilhassa kapsamlı tazminat ve adalet hakkı bağlamında geçerlidir; (b) kaydedilen ilerleme, kısıtlamalar ve ilgili teknik ve yasal unsurlar; (c) sorumluları aydınlığa kavuşturacak bulgulara, failerin mağdurlara davranışlarına, suçların işlenme gerekçelerine ve kaybedilme veya hukuk dişi ya da keyfi infazın gerçekteşi koşullara ilişkin bilgilere erişim bulunmaktadır.”

¹⁰²⁷ “La Ficha Antemortem: guía de aplicación”, Defensoría del Pueblo (Peru Ombudsman) ve Peru Adli Antropoloji Ekibi-Epaf, *Manual para la investigación eficaz ante el hallazgo de fosas con restos humanos en el Peru*, Lima, 2002 (İspanyolca orjinalinden mealen çevrilmiştir).

¹⁰²⁸ *Desaparición Forzada en el Perú – El aporte de la investigación antropológica forense en la obtención of the evidencia probatoria y la construcción de un paraguas humanitario*, Ed. EPAF, s. 38 (İspanyolca orjinalinden mealen çevrilmiştir).

*Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz vakalarında arama süreçleri ve adli soruŐtırmaya dair ilkeler ve asgari standartlar üzerine uluslararası mutabakat*¹⁰²⁹

Mağdurların yakınlarının adli prosedürlere dair, önceden ve vakitli bir biçimde açık ve net olarak bilgilendirilmeye; mağdur teşhis edildiğinde anında haberdar edilmeye ve nihai rapora erişmeye hakları vardır. Ayrıca aile bireylerinin uygulanan prosedürlere ve nihai rapora itiraz etmeye, otopsi ya da iskeletleşmiş kalıntılarının analizi gibi yeni veya ek adımların atılmasını sağlamaya hakları vardır. Bunun yanı sıra aile bireyleri farklı kanıtlar sunabilir; kendilerinin tayin ettiği bir doktor, adli uzman veya nitelikli temsilciyi otopside bulundurabilir; mezardan çıkarma ve mezarların kazılması süreçlerine katılım sağlayabilir. Bu bakımdan WGEID, "Devlet veya herhangi başka bir yetkili merci, kalıntılarının teşhisi sürecini ailenin tam katılımı olmadan ve söz konusu adımlara ilişkin genel kamuoyunu bilgilendirmeden yrtmemeli ve bu Şekilde kalıntıları ortadan kaldırmamalıdır"¹⁰³⁰ ifadesinde bulunmuştur.

Soruşturmanın tamamlanmasının ardından kimliği teşhis edilmiş beden veya iskeletleşmiş kalıntılar ailelerine iade edilmelidir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi bu hususta ldrlen kişinin bedeninin ailesine teslim edilmesi gerektiğini ifade ederken, bunun ancak "söz konusu bedenin yakılamayacağı ve yeni otopsiler için ileride tekrar mezardan çıkarılabileceği Şartıyla"¹⁰³¹ olabileceğini de ifade etmiştir.

Kalıntıların teşhis edilemediği durumlarda yetkililer bedenleri veya insan kalıntılarını ve toplanmıŐ tüm maddi delilleri muhafaza etmek için gerekli tedbirleri almalıdır. Ölen kişinin bedeninin yakılması (kremasyon) hiçbir koşulda veya durumda kabul edilemez.

¹⁰²⁹ Standart 8.

¹⁰³⁰ "Zorla kaybetmeler bağlamında hakikat hakkına dair Genel Yorum" (General Comment on the right to the truth in relation to enforced disappearances"), para. 6, Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında alıŐma Grubu Raporu, UN Doc. A/HRC/16/48, 26 Ocak 2011.

¹⁰³¹ 16 Kasım 2009 tarihli karar, González ve Diğerleri ("Pamuk Tarlası")/Meksika, Seri C No. 205, para. 305.

5. Adli Genetik

Zorla kaybetme, hukuk dışı infaz ve diğer ciddi insan hakkı ihlalleri bağlamında adli genetiğin önemli rolü BM Genel Kurulu,¹⁰³² BM İnsan Hakları Konseyi¹⁰³³ ve Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu¹⁰³⁴ tarafından vurgulanmıştır.

"Geçtiğimiz son yirmi yılda, insan hakkı ihlali mağdurlarının veya iç çatışma ya da savaŐlarda kaybolmuŐ kişilerin kalıntılarını yalnızca ölüm öncesine ilişkin arka plan bilgileri, tıbbi kayıtlar ve dış kayıtlarını kullanarak teşhis etmeye çalıŐmanın bariz sınırları olduğu gözler önüne serilmiŐtir. Bu anlamda, adli genetiğin, daha birçok kalıntının teşhis edilmesi ihtimalini ciddi biçimde artırmak ve böylece hem mağdurların ailelerine teselli hem de sürmekte olan ve/veya gelecekteki yargılama süreçleri için delil sağlamak kaydıyla oynayacağı kritik bir rol vardır."

İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi¹⁰³⁵

Bu konuya ilişkin, İnsan Hakları Konseyi, "bağımsız bir biçimde ve uluslararası standartlara uygun şekilde uygulandığında adli genetik mağdurların kalıntılarının teşhis edilmesine, yasa dışı biçimde çevresinden koparılmış kişinin kimliğinin iade edilmesine ve cezasızlıkla mücadeleye katkı sunacaktır"¹⁰³⁶ demiştir. İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, "adli uzmanların – özellikle de adli genetiğin – kullanımı ve genetik veri bankalarının oluŐturulmasının, ciddi insan hakkı ve uluslararası insancıl hukuk ihlallerinde kritik bir rol oynayacağını"¹⁰³⁷ vurgulamıştır.

¹⁰³² Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: 20 Aralık 2012 tarihli ve 67/177 "Kayıp Kişiler ("Missing Persons") Kararı.

¹⁰³³ 27 Mart 2009 tarihli 10/26 sayılı Karar ve 29 Eylül 2010 tarihli 15/5 sayılı Karar.

¹⁰³⁴ 4 Haziran 2012 tarihli AG/RES. 2717 (XLII-O/12) sayılı Karar ve 5 Haziran 2013 tarihli AG/RES. 2794 (XLIII-O/13) sayılı Karar.

¹⁰³⁵ *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin hakikat hakkı, adli genetik ve insan haklarına ilişkin raporu (Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the right to the truth and on forensic genetics and human rights)*, A/HRC/15/26, 24 Ağustos 2010, para. 31.

¹⁰³⁶ 27 Mart 2009 tarihli 10/26 sayılı "Adli genetik ve insan hakları" ("Forensic genetics and human rights") Kararı.

¹⁰³⁷ *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi'nin hakikat hakkı, adli genetik ve insan haklarına ilişkin raporu (Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the right to the truth and on forensic genetics and human rights)*, A/HRC/15/26, 24 Ağustos 2010, para. 63.

“Üye devletlerin, ailelerinin silahlı çatışma veya Şiddet olayları sırasında kaybedilmiş yakınlarının akıbeti ve yerini öğrenme hakkını kullanmasını sağlamak, [...] insan kalıntılarının yerinin saptanması, bulunması, teşhis edilmesi ve iade edilmesi için, standart adli protokolleri kullanarak ve merkezi veri tabanlarının oluşturulmasını destekleyerek geniş çaplı ve kapsamlı bir soruşturma kapsamında etkili adımları atmak ve bunu yaparken ailelerin haysiyeti, gelenekleri ve ruh sağlığını gözetmek ağısından teşvik edilmesi.”

Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu¹⁰³⁸

WGEID, Zorla Kaybetmeler Komitesi ve İnsan Hakları Yüksek Komiserliği devletlere genetik veri bankaları oluŐturma tavsiyesinde bulunmuştur. Bu arada, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesi uyarınca var olan yükümlölükler ışığında, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin kaybedilmiş kişilerin teŐhisinde ve kaybedilmiş çocukların hem ebeveynlerinin hem kendilerinin kimlik tespitinde kullanılmak üzere genetik veri toplamak ve saklamaya yönelik sistemler oluşturmak konusunda gerekli adımları atmaları gerektiğini ifade etmiştir.¹⁰³⁹ Bu kapsamda, Mahkeme Guatemala, El Salvador ve Meksika'ya böylesi genetik bilgi sistemleri oluŐturmaları talimatını vermiştir. Mahkeme, ayrıca, devletin bu sistemleri oluŐtururken numuneleri muhafaza etmek, veri tabanlarında bulunan kişisel veriyi korumak ve bu kişisel verilerin yalnızca kaybedilmiş kişinin yerini ve kimliğini tespit etmede kullanılmasını garantilemek için gerekli tedbirleri alması gerektiğine de işaret etmiştir.

Zorla Kaybetmeler Komitesi, ICPED'e Taraf Devletlerin "aynı zamanda ister idari ister adli yollarla bildirilmiŐ tüm vakalara ilişkin genetik numune içeren ulusal bir DNA bankası oluŐturma çabalarını bir üst seviyeye taŐımaları gerektiği"¹⁰⁴⁰ tavsiyesinde bulunmuştur.

Kayıp çocuklara veya kayıp ebeveynlerinin tutsaklığı sırasında alıkonmuş çocuklara ilişkin olarak ise, "Devletler DNA ve kan

¹⁰³⁸ 5 Haziran 2013 tarihli, AG/RES. 2794 (XLIII-O/13) sayılı Karar, operative para. 7.

¹⁰³⁹ 3 Temmuz 2004 tarihli karar, *Molina Theissen/Guatemala* (Tazminat), Seri C No. 108, para. 91; 1 Mart 2005 tarihli karar, *Serrano Cruz Kardeşler/El Salvador Davası*, Seri C No. 120, para. 192 ve 193; ve 16 Kasım 2009 tarihli karar, *González ve Diğerleri ("Pamuk Tarlası")/Meksika*, Seri C No. 205, para. 512.

¹⁰⁴⁰ *Sonuç Gözlemleri: İspanya*, CED/C/ESP/CO/1, 12 Aralık 2013, para. 35.

örneklerini alıp kaybedilmiş çocukların genetik verilerini saklamaya, gerektiğinde bunları bir çocuğun gerçek kimliğini tespit etmek ya da onların veya aile bireylerinin kalıntılarını teşhis etmek amacıyla uygun DNA testleri yapmak için kullanmaya yönelik bir genetik veri bankası oluşturmalı veya benzer bir kurumu böyle bir amaca uyarlamalıdır.”¹⁰⁴¹ Ayrıca, WGEID böylesi genetik veri tabanlarının faaliyetlerine ilişkin birtakım tavsiyelerde bulunmuştur:

- Genetik veri bankası “arama sürecinden sorumlu organla koordineli çalışıp olası zorla kaybetme kurbanı çocuklara dair DNA ve kan testleri yapmak üzere buradan sevk almalıdır;”¹⁰⁴²
- “Zorla kaybetme mağduru çocuğu ölü varsaymamanın önemi göz önüne alınarak genetik veri tabanları söz konusu ülkede bir kişinin ortalama yaşam süresine eşit veya bundan uzun bir süre boyunca kaybedilmiş çocuğun genetik verisini muhafaza etmelidir;”¹⁰⁴³
- “Toplumsal cinsiyet ve yaş göz önüne alınarak mahremiyetin ihlalini en aza indirmek için testlerin kendisinde imkan dahilinde olan en asgari düzeyde invazif yöntemler kullanılmalıdır;”¹⁰⁴⁴
- DNA testleri için standart kurallar belirlenmeli ve bunlar ICPEĞ’de¹⁰⁴⁵ ifade edilen güvenceleri kapsamalıdır – yani diğer bir deyişle, “kaybedilmiş bir kişinin aranması bağlamında alınmış veya aktarılmış kişisel bilgiler – tıbbi ve genetik veri dahil – söz konusu kaybedilmiş kişinin aranması dışında hiçbir amaç için kullanılamaz veya erişilebilir kılınmaz.”¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴¹ *Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu tarafından doksansekizinci oturumunda benimsenen çocuk ve zorla kaybetmeler üzerine Genel Yorum (31 Ekim – 9 Kasım 2012) (General Comment on children and enforced disappearances adopted by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances at its ninety-eighth session (31 October – 9 November 2012)), A/HRC/WGEID/98/1, 14 Şubat 2013, Para. 26.*

¹⁰⁴² A.g.e., para. 27.

¹⁰⁴³ A.g.e., para. 27.

¹⁰⁴⁴ A.g.e., para. 28.

¹⁰⁴⁵ A.g.e., para. 28.

¹⁰⁴⁶ Madde 19.

İnsan Hakları Yüksek Komiserliđi, "mağdurların akrabalarının veri bankası ne kadar kapsamlı olursa, bir insan hakkı ihlali mağduruna veya bir çatıŐma dolayısıyla kayıp olan bir kiŐiye ait olduğu dűŐnűlmekte olan kalıntıların kimlik tespitinin yapılma ihtimali o kadar yűksektir."¹⁰⁴⁷ Yüksek Komiser, bir veri bankası oluŐturulmasının "gelecekte, tűm akrabaların verileri olsa da olmasa da daha fazla mezar alanı bulunduğuca yeni teŐhisleri műmkűn kılacağını" da belirterek, "kaybedilmiŐ ve kayıp kiŐilerin yakınlarının kurduğu derneklerin desteğinin bu alanda son derece ۆnemli olduğunu"¹⁰⁴⁸ eklemiŐtir. Yüksek Komiser, genetik materyalin depolandığı veri bankaları hususunda Őu koŐulları ve temel Őartları ifade etmiŐtir:

- "Hedefler, kullanım kısıtlamaları, beklentiler, onay, gizlilik ve uygulanacak prosedűrler"e iliŐkin hűkűmler iđerен açık ve net bir yasal çerçeve kurulmalıdır.¹⁰⁴⁹
- Veri bankalarının "yönetim kurulları olmalı; bunlarda yalnızca resmi yetkililer ve adli uzmanlar değil, aynı zamanda kaybedilmiŐ veya kayıp kiŐilerin akrabalarının oluŐturduđu derneklerin temsilcileri de bulunmalıdır. Bu, onların kaygılarının da göz ۆnűne alındığından emin olmak ve siyasi manipűlasyon veya veri bankasının kuruluŐ ilkelerinden baŐka sapmaları ۆnlemek iđerен kesinlikle gereklidir."¹⁰⁵⁰
- "Numuneler gönűllű bir biyimde verilmeli, verilmesinden ۆnce de donöre projeyi, sınırlarını, numunelerin kullanımına dair kısıtlamaları ve donörűn gizliliđinin yanı sıra baŐka hűkűmleri de iđerен açıklayıcı formlar sunulmalıdır."¹⁰⁵¹
- "Veri bankaları, numunelerin alınması ve ۆzellikle:

¹⁰⁴⁷ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi'nin hakikat hakkı, adli genetik ve insan haklarına ilişkin raporu (Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the right to the truth and on forensic genetics and human rights), A/HRC/15/26, 24 Ağustos 2010, para.33.

¹⁰⁴⁸ A.g.e., para. 34.

¹⁰⁴⁹ A.g.e., para. 35.

¹⁰⁵⁰ A.g.e., para. 37.

¹⁰⁵¹ A.g.e., para. 36.

- "a) Hedef nüfustan numune alırken kontrol ve değerlendirme mekanizmaları kurulmasına [...],
- "b) Kan ve salya örneklerinin herhangi bir kontaminasyon olmadan alındığından emin olmak adına kontrollere,
- "c) Mağdurların gizliliğinin korunması adına kodların veya barkodların kullanımına,
- "d) Delil zincirinin bozulmadığından emin olmak adına depolama ve nakletmeye ilişkin kontrollere dair standart prosedürler belirlemelidir."¹⁰⁵²

"Gizlilik hem gerekli hem de mağdurların ve akrabaların numunelerini tanımlamak için barkodların kullanımıyla sağlanması mümkün olan bir unsurdur. Yalnızca numunelerin donörleri, veri bankasının yönetim kurulu ve belirlenmiş yetkili ve/veya yargı organları bu bilgiye erişebilmelidir."

İnsan Hakları Yüksek Komiserliği¹⁰⁵³

Fakat adli genetiğın mağdurların kalıntılarını teşhis etmeye yönelik bilimsel bir araç olarak etkili olması birçok koşula bağlıdır. Bunlar: Ölüm öncesine dair bilginin varlığı; kurban olduğu düşünölen kişinin akrabalarının DNA örneklerinin bulunması ve kullanılan genetik analiz tekniklerinin erişilebilirliğidir. Yani, Peru Adli Antropoloji Ekibi'nin de belirttiğı üzere, "DNA analizi bile ölüm öncesi bilginin yokluğında kullanılamaz çünkü bu yöntem kurbanın kalıntılarında bulunan DNA ile akrabası olduğu düşünölen kişilerin DNA'larının karşılaştırılmasına dayanır ve dolayısıyla akrabalık bağlarının bilinmesi zorunludur. DNA kullanımı yalnızca teşhis sürecinin bir unsuru olarak tavsiye edilmektedir ve ailelerin tamamının yok edildiğı veya tüm kurbanların yakın akraba olduğu durumlarda tamamen işe yaramaz bir yöntem olabilir."¹⁰⁵⁴

Bu açıdan, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi "teşhis sürecinin, kalıntıların ve ilişkili delillerin doğru düzgün bir biçimde toplanması ve belgelendirilmesiyle ve bunların antropolojik analiziyle başlayan

¹⁰⁵² A.g.e., para. 37.

¹⁰⁵³ A.g.e., para. 38.

¹⁰⁵⁴ *Desaparición forzada en el Perú - El aporte de la investigación antropológica forense en la obtención of the evidencia probatoria y la construcción de un paraguas humanitario*, Ed. EPAF, s. 48 (İspanyolca orjinalinden mealen çevrilmiştir).

multidisipliner bir yaklaşım gerektirdiğini” vurgulayarak Şu görüşleri ifade etmiştir: “Her vakada arka plan bilgileri ve aile numunelerinin doğru bir biçimde alınması da kritik önemdedir. Genetikçiler sürekli olarak antropologlar, arkeologlar ve soruşturmayı yürüten yetkililerle işbirliği ve bilgi alıŐveriŐi halinde çalıŐarak sürecin sonucunda tek bir multidisipliner teşhis raporu üretirler.”¹⁰⁵⁵

6. Delil Zinciri ve Adli Deliller

Deliller ve uzman kanıtları geçerli olmalı, her bir ülkenin ulusal mevzuatı ve uluslararası norm ve standartlar kapsamında belirlenen parametrelere uygun biçimde, yasal olarak ortaya konmalıdır. Deliller, ulusal mevzuat veya uluslararası standartlar uyarınca bunu yapmaya yetkisi olmayan görevlilerce elde edilmiş veya toparlanmıŐ olduklarında; ulusal kanunlarda veya uluslararası norm ve standartlarda belirlenmiş koşullara uymayan yöntemler kullanılarak elde edildiklerinde ya da delil zincirinin güvence altında olmadığı durumlarda yasa dışı sayılabilirler.

“Eski delillerin, usule uygun Şekilde muhafaza edilmiş oldukları durumlarda, hatalı bir biçimde mahkum edilmiş bir kişiyi temize çıkarmaya katkı sunabilecekleri göz önüne alınarak, delil zincirinin duruşmanın ve hatta saniğin hüküm giymesi ve mahkum edilmesinin dahi ötesine geğerbildiği söylenebilir.”

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi¹⁰⁵⁶

Delil zinciri, adli delil alanının en önemli unsurlarından biridir. Bu, yalnızca delillerin geçerli ve yasal sayılması için gerekli koşulların önemli bir parçasını oluŐturmasından değil, aynı zamanda soruşturmanın doğruluğunun merkezi bir öğesi ve delillerin “karartılması veya kasten yok edilmesi” ihtimaline meydan vermeden ceza davası yürütebilmenin güvencesi olmasından da kaynaklanmaktadır. Delil zinciri tam da delillerin sağlamliğını ve güvenilirliğini garantilemek, yani soruşturma sürecinde yok edilmemelerini veya karartılmamalarını dolayısıyla da akabindeki yargılama süreçlerinde delil olarak sunulabilmelerini sağlamak

¹⁰⁵⁵ *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin hakikat hakkı, adli genetik ve insan haklarına ilişkin raporu*, A/HRC/15/26, 24 Ağustos 2010, para. 41.

¹⁰⁵⁶ 16 Kasım 2009 tarihli karar, *González ve diğerleri (“Pamuk Tarlası”)/Meksika*, Seri C No. 205, para. 305.

amacıyla tasarlanmıŐtır. Bu bağlamda, *Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz vakalarında arama sũreçleri ve adli soruŐtırmaya dair ilkeler ve asgari standartlar ũzerine uluslararası mutabakat*, ˆlmũŐ kişilerin bedenlerinin de yasal değeri olan adli delil teşkil etmelerinin sağlanması için bu bedenlerin muamelesinde delil zincirine riayet edilmesi Őartını koşmaktadır.¹⁰⁵⁷

Adli ve tıbbi deliller hususunda *Minnesota Protokolũ* delil zinciri ve kanıtların muhafazasına ilişkin gayet açık standartlar belirlemektedir. Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin de ifade ettiği ũzere, delil zinciri "tũm somut delillerin varlığı, sahiciliği [ve] bũtœnlũęœnœn teminat altına alınmasını ve maddi delil teşkil eden ˆęelerin asli hallerinin, elde edildikleri Şartların, toplanmaları, iletilmeleri, işleme konmaları, analiz edilmeleri ve depolanmaları sũrecine dahil olan kişilerin ve her birinin bu ˆęelerde yaptıkları deęiŐikliklerin tescil edildiği koşullarda bulunup toparlanmalarını sağlayan tedbir ve uygulamalar bũtœnũ"¹⁰⁵⁸ olarak oluşturulmuştur. Dolayısıyla delil zinciri, kanıtların gˆzetimi, muhafazası ve korunması için gerekli protokollerin belirlenmesini, buna uygun prosedũrler ve bunlardan sorumlu gˆrevliler tayin edilmesini gerektirir.¹⁰⁵⁹ Bu bağlamda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, "bir ˆlœm olayının yasal ve tıbbi açıdan soruşturulmasında gerekli ˆzenin gˆsterilmesi adli kanıt teşkil eden her bir ˆęe için delil zincirinin korunmasını gerektirir. Bu da kanıt teşkil eden ˆęenin soruŐtırmadan sorumlu kişiler arasında elden ele aktarılma sũrecinin tarihçesini tutmak adına, gerektiğinde fotoğraflarla ve başka grafik unsurlarla tamamlanan yazılı bir kaydının titizlikle tutulması demektir."¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁷ İyi uygulamalar için Tavsiyeler No. 16.5.

¹⁰⁵⁸ 12 Mayıs 2010 tarihli Karar C-334/10. D-7915, 1142 2007 sayılı Kanun, 1. Fıkra (içinde), 16. Madde hakkında ve 906 2004 sayılı Kanun, 2. Fıkra, 245. Madde (Ceza Muhakemesi Kanunu) hakkında anayasaya aykırılık davası (Lawsuit of unconstitutionality against Article 16, Section 1 (partial) of Law 1142 2007 and against Article 245, Section 2, of Law 906 2004 (Criminal Procedure Code)).

¹⁰⁵⁹ Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *atıŐma sonrası Devletler için hukukun ˆstœnlũęœ araçları, Kovuşturma girişimleri (Rule-of-law Tools for post-conflict States, Prosecution initiatives)*, HR/PUB/06/4, New York/Cenevre, 2006, s. 16.

¹⁰⁶⁰ 16 Kasım 2009 tarihli karar, *González ve diğerleri ("Pamuk Tarlası")/Meksika Davası*, Seri C No. 205, Para. 305.

Delil zincirinin yokluğu veya bozulması, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin de belirttiği üzere, "söz konusu bölgeden elde edilmiş herhangi bir delilin geçerli sayılması hususunda ciddi sıkıntılar yaratabilir. Acilen harekete geçme ihtiyacı, kanıtların bulunduğu bölgelerin ve kanıt teşkil eden belgelerin ileride gerçekleştirilecek soruşturmalarda kullanılmak üzere etkili bir biçimde muhafaza edilmelerine verilen önemi arttırmalıdır. Buna yönelik adımların alana ilk varan kişiler tarafından atılması gerekebilir."¹⁰⁶¹ Benzer biçimde, uluslararası standartlar gereğince kanıtların, dolaylı kanıtların ve elde edilen materyallerin yok edilmesi, karartılması, kaybedilmesi veya gizlenmesi yaptırıma tabi olmalıdır.¹⁰⁶²

¹⁰⁶¹ *Çatışma sonrası Devletler için hukukun üstünlüğu araçları, Kovuşturma girişimleri (Rule-of-law Tools for Post-conflict States, Prosecution initiatives)*, HR/PUB/06/4, New York/Cenevre, 2006, s. 14.

¹⁰⁶² Diğerlerinin yanı sıra, bakınız: *Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*, Madde 12 (4), 22 ve 25 (1)(b); *Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge* Madde 13 (5).

EK 1:

HERKESİN ZORLA KAYBEDİLMEME KARŞI KORUNMASINA DAİR BİLDİRGE

Genel Kurul

Birleşmiş Milletler Şartı'nda ve diğer uluslararası belgelerde ilan edilen prensiplere uygun olarak, insan soyunun bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları insanlık onuru ve devredilmez haklarını tanımanın yeryüzünde özgürlük, adalet ve eşitliğin temeli olduğunu dikkate alarak,

BM Şartı ve özellikle 55. Maddesine göre Devletlerin insan haklarına ve temel özgürlüklere her yerde saygı gösterilmesini sağlama ve riayet edilmesini teşvik etme yükümlülüğü olduğunu akılda tutarak,

Kişileri hukukun koruması dışına çıkaran zorla kaybetme olaylarının, yani kişilerin, Hükümetin değişik kurum veya kuruluşlarındaki görevlileri veya Hükümet namına, Hükümetin doğrudan veya dolaylı desteği, rızası veya onayı ile hareket eden örgütlü gruplar veya şahıslar tarafından gözaltına alınmaları, alıkonmaları veya iradelerine aykırı biçimde kaçırılmaları ya da başka yollarla özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları ve akabinde akıbetleri veya nerede buldukları konusunda açıklama yapılmaması veya özgürlüklerinden yoksun bırakılmış olduklarının kabul edilmemesi unsurlarını içeren vakaların pek çok ülkede sürekli olarak meydana gelmesinden derin kaygı duyarak,

Zorla kaybetmenin hukukun üstünlüğüne, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterme taahhüdünde bulunmuş bir toplumun temel değerlerini zayıflattığı ve bu fiillerin sistematik olarak uygulanmasının insanlığa karşı suç mahiyetinde olduğunu kabul ederek,

Zorla veya irade dışı kayıp olayları konusunda dünyanın çeşitli bölgelerinden gelen haberler ve bu kayıpların sebep olduğu şiddetli ıstırap ve üzüntüye dair duyulan kaygının ifade edildiği ve Hükümetleri kolluk güçlerini kişilerin zorla veya irade dışı kayıp edilmelerine yol açabilecek aşırı davranışlarından ötürü kanun

önünde sorumlu tutmaya çağırın 20 Aralık 1978 tarihli ve 33/173 sayılı Genel Kurul kararını hatırlayarak,

12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli Ek Protokolleri tarafından silahlı çatışma mağdurlarına sağlanan korumayı da hatırlayarak,

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin özellikle yaşama hakkını, kişi özgürlüğünü ve güvenliğini, işkenceye maruz bırakılmama hakkını ve hukuk önünde bir kişi olarak tanınma hakkını koruma ile ilgili maddelerini de göz önünde bulundurarak,

Ayrıca Taraf Devletlerin işkence eylemlerini önlemek ve cezalandırmak için etkili tedbirler almasını öngören İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'yi de göz önünde bulundurarak,

Kolluk Kuvvetleri Davranış Kurallarını, Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması hakkında Temel İlkeleri ve Mahkumlara Muamelede Standart Asgari Kuralları akılda tutarak,

Zorla kaybetmeleri önlemek için, 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı karar ekinde yer alan Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü'ne, ve Ekonomik ve Sosyal Konsey'in 24 Mayıs 1989 tarihli ve 1989/65 sayılı karar ekinde yer alan ve Genel Kurulun 15 Aralık 1989 tarihli ve 44/162 sayılı kararıyla onaylanan Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler'e kesin bir biçimde uyulmasının sağlanmasının gerekli olduğunu teyit ederek,

Zorla kaybetmeyi meydana getiren fiillerin yukarıda adı geçen uluslararası belgelerde ifade edilen yasaklara aykırı olmalarına karşın, kişilerin zorla kayıp edilmelerine dair bütün fiilleri çok ağır suçlar olarak niteleyen ve bu fiillerin cezalandırılmasını ve önlenmesini düzenlemek için standartlar belirleyen bir belgeyi oluşturmanın yine de önemli olduğunu göz önünde tutarak,

1. Herkesin Zorla Kayıp edilmeye Karşı Korunmasına dair Bildiri adlı bu belgeyi, bütün Devletler için bir prensipler bütünü olarak ilan eder;
2. Bildirinin herkes tarafından bilinen ve saygı duyulan bir belge haline gelmesi için her türlü çabanın harcanmasını ısrarla talep eder;

Madde 1

1. Zorla kaybetmeye ilişkin her fiil insanlığa karşı bir suçtur. Bu suç, BM Şartı'nın amaçlarının bir inkarı ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan ve bu alandaki uluslararası belgelerde teyit edilen ve geliştirilen insan hakları ve temel özgürlüklerin ağır ve açık bir ihlali olarak kınanmaktadır.
2. Herhangi bir zorla kaybetme fiili, buna maruz kalan kişileri hukukun koruması dışına çıkarır ve bu kişilerin ve ailelerinin ağır ıstıraplar çekmelerine yol açar. Bu fiil, bir kimsenin hukuk önünde bir kişi olarak tanınma hakkını, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ve kişinin işkence ve diğer zalimane, gayri insani veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalmama hakkını güvence altına alan uluslararası hukuk kurallarını ihlal eder. Bu fiil ayrıca, yaşama hakkını ihlal eder veya buna yönelik ciddi bir tehlike oluşturur.

Madde 2

1. Hiçbir Devlet bir kimseyi zorla kaybedemez, buna izin veremez ve buna müsamaha gösteremez.
2. Devletler zorla kayıp etmeleri önlemek ve ortadan kaldırmak için ulusal ve bölgesel düzeyde ve Birleşmiş Milletler ile işbirliği içinde hareket ederler.

Madde 3

Her bir Devlet kendi egemenlik alanının sınırları içerisinde zorla kaybetme fiillerini önlemek ve sona erdirmek için kanuni, idari, yargısal ve etkili diğer tedbirleri alır.

Madde 4

1. Bütün zorla kaybetme fiilleri ÷lkelerin ceza kanunlarında suç olarak tanımlanır ve bunlara ilişkin olarak fiillerin son derece ciddi mahiyetini dikkate alan uygun cezalar öngör÷lür.
2. Zorla kaybetme olaylarına iştirak etmiş olup da, mağdurların sağ olarak teslim edilmesine yardım etmede önemli rol oynayan veya zorla kaybedilenlerin ortaya çıkarılmalarına katkıda bulunabilecek bilgileri kendi rızalarıyla sağlayan kişiler için ulusal mevzuatta cezayı hafifletici sebepler belirlenebilir.

Madde 5

Ceza hukuku bağlamında uygulanan cezalara ek olarak, ilgili Devletin uluslararası hukuk ilkeleri kapsamında mevcut olan uluslararası sorumluluğunu ihlal etmek kaydıyla, zorla kaybetme suçunun failleri ile bu kaybetme faaliyetlerini organize eden, onaylayan veya bunlara hoşgör÷ gösteren Devlet veya Devlet görevlileri, medeni hukuk bakımından da sorumlu tutulur.

Madde 6

1. Mülki, askeri veya herhangi bir makamın emri veya talimatı, bir zorla kaybetme fiilini haklı göstermek için ileri sürülemez. Böyle bir emri veya talimatı alan bir kimsenin, bu emre veya talimata uymama hakkı ve görevi vardır.
2. Her bir Devlet, zorla kaybetmeye yol açan, buna yetki veren veya teşvik eden emir veya talimatların verilmesini yasaklar.
3. Bu maddenin birinci ve ikinci fıkraya hükümleri, kolluk güçlerinin eğitimi sırasında özellikle vurgulanır.

Madde 7

Savaş tehdidi, savaş durumu, iç siyasal istikrarsızlık veya herhangi bir olağanüstü hal dahil hiçbir durum, zorla kayıp etmeyi haklı göstermek için ileri sürülemez.

Madde 8

1. Bir kimsenin bir Devletin topraklarına gönderilmesi halinde zorla kayıp edilme tehlikesi ile karşılaşabileceğine inanmak için

yeterli sebep varsa, o kimse söz konusu Devlete iade edilmez, geri verilmez veya sınır dışı edilmez.

2. Yetkili makamlar bu tür bir sebep bulunup bulunmadığını tespit etmek amacıyla, söz konusu Devletin yetki alanı dahilinde sürekli bir tarzda ağır, aşıkır veya toplu halde insan hakkı ihlalleri yapıp yapılmadığı gibi tüm ilgili koşulları dikkate alırlar.

Madde 9

1. Yukarıda yedinci maddede belirtilen durumlar da dahil, her türlü durumda zorla kaybetmelerin önlenmesi için, özgürlüğünden yoksun bırakılan kimselerin nerede bulduklarını ve sağılık durumlarını tespit etmeye, ve/veya özgürlükten yoksun bırakmayı emreden yetkiliyi veya bu emri yerine getiren görevliyi saptamaya yönelik hızlı ve etkili hukuki başvuru yollarına başvurma hakkı sağılanmalıdır.

2. Yetkili ulusal makamların, böylesi bir dava kapsamında, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin tutuldukları tüm mekanlara, bu mekanların her tarafına ve bu durumdaki kimselerin bulunabileceklerinin düşünöldüğü tüm yerlere giriş izni vardır.

3. Devletin iç hukuku veya taraf olduğı herhangi bir uluslararası hukuk belgesi uyarınca yetkili olan başka mercilerin de bu tür yerlere girme hakkı bulunmaktadır.

Madde 10

1. Hürriyetinden yoksun kılınan herhangi bir kimse resmi bir alıkönma merkezinde tutulmalı ve ulusal hukuk uyarınca, alıkönduktan sonra vakitli bir biçimde bir yargı makamı karşısına çıkarılmalıdır.

2. Alıkönmuş olan kişilerin kendilerinin buna aksi yönde bir beyanları bulunmadıkça; alıkönmalarına, tutuldukları yer veya yerlere ve başka yerlere nakillerine ilişkin doğru bilgiler ailelerine, avukatlarına veya bu bilgilere erişmeye dair meşru menfaati olan kişilere hızlıca verilir.

3. Her nezaret yerinde, özgürlüğünden yoksun bırakılan bütün kişilere dair güncel, resmi bir kayıt tutulur. Buna ek olarak her Devlet, benzer nitelikte merkezi bir kayıt sistemi oluşturmak için

gerekli adımları atacaktır. Bu kayıtlarda bulunan bilgiler, bir önceki fıkrada belirtilen kimselerin, yargı mercilerinin, yetkili ve bağımsız ulusal makamların ve alıkonmakta olan bir kişinin yerini bulmayı amaçlayan ve ilgili Devletin hukuku veya taraf olduğu uluslararası sözleşmeler uyarınca buna yetkili olan kişi ve kurumların incelemesine açık tutulur.

Madde 11

Özgürlüğünden yoksun bırakılmış olan kişiler, gerçekten salıverilmiş olduklarının ve bunun haklarını tam olarak kullanma kapasiteleri ile fiziksel bütünlüklerinin muhafaza edildiği bir tarzda gerçekleştiğinin güvenilir şekilde teyit edilebileceği bir biçimde salıverilmelidir.

Madde 12

1. Her Devlet kendi iç hukukunda, özgürlükten yoksun bırakma kararı verme yetkisi olan görevlileri belirten, bu kararların hangi koşullarda verilebileceğini düzenleyen ve meşru bir hukuki sebep olmaksızın kişilerin alıkonmuş olmaları hakkında bilgi vermeyi reddeden görevlilere verilecek cezaları belirleyen kurallar koyar.

2. Ayrıca her Devlet yakalama, gözaltına alma, gözaltında tutma, nezarete alma, nakletme ve hapsedmekten sorumlu olan kolluk güçleri ile kanunla kendilerine zor ve ateşli silah kullanma yetkisi verilmiş diğer kamu görevlilerinin açık bir emir-komuta zincirine tabi kılınmak dahil sıkı şekilde denetlenmesini sağlar.

Madde 13

1. Her Devlet, herhangi bir kimsenin zorla kaybedildiğini bilen veya böyle bir iddiada bulunmakta meşru menfaati bulunan kişiye yetkili ve bağımsız Devlet makamlarına şikayet etme hakkı tanır ve bu şikayetin o makamlar tarafından ivedilikle, kapsamlı ve tarafsız bir biçimde soruşturulmasını sağlar. Zorla kaybetme fiilinin gerçekleştiğine inanmak için makul nedenler bulunması halinde, resmen bir şikayet yapılmasa bile Devlet, bu olay hakkında soruşturma açması için olayı hemen bu makamlara intikal ettirir. Bu soruşturmanın kısıtlanması veya aksatılmasına yönelik hiçbir adım atılamaz.

2. Her Devlet, soruşturmayı etkili bir biçimde yürütebilmeleri adına yetkili makamların, tanıkları huzura gelmeye mecbur etme, ilgili belgelerin verilmesini zorunlu kılma ve acil saha ziyaretleri yapma yetkileri dahil, gerekli yetki ve kaynaklara sahip olmalarını sağlar.
3. Şikayetçilerin, avukatların, tanıkların, soruşturmayı yürütenlerin ve soruşturmaya katılan diğer kimselerin, kötü muameleye, baskıya ve misillemeye karşı korunmalarının sağlanması için gerekli tedbirler alınır.
4. Böylesi bir soruşturma yoluyla ulaşılan sonuçlar, bilgi verilmesi devam etmekte olan bir cezai soruşturmayı tehlikeye sokmayacak ise, talep üzerine herkese verilebilir.
5. Şikayetin yapılması üzerine veya soruşturmanın yürütülmesi sırasında yapılabilecek herhangi bir kötü muamelenin, baskının ve misillemenin veya herhangi bir müdahalenin uygun biçimde cezalandırılmasını sağlamak için gerekli tedbirler alınır.
6. Zorla kaybedilmeden mağdur olan kimsenin durumu açıklığa kavuŐuncaya kadar, yukarıda belirtilen usullere uygun olarak yapılan soruşturmaya devam edilebilmelidir.

Madde 14

Yapılan resmi bir soruşturmada belirli bir Devletin sınırları içinde zorla kaybetme fiili işlediği iddia edilen bir kimse hakkında delillerin ortaya çıkması halinde, yürürlükte bulunan uluslararası anlaşmalara göre, kendisi hakkında yargılama yetkisini kullanmak isteyen başka bir Devlete iade edilmedikçe, kovuŐturulmak ve yargılanmak üzere bulunduğu ülkenin Devletinin yetkili kamu makamları önüne çıkarılır. Bütün Devletler, kendi egemenlikleri veya denetimleri altındaki yerlerde bulunan ve zorla kaybetme eyleminden sorumlu olduğu düşünölen tüm kişileri adalet huzuruna çıkarmak için gerekli her türlü hukuki ve diğer işlemleri yapmalıdır.

Madde 15

Bir kimsenin her ne saikle olursa olsun yukarıda dördüncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen türden ciddi nitelikteki eylemlere önemli ölçüde iştirak ettiğine inanmak için yeterli sebep bulunması halinde, bu durum kendisine sığınma hakkı tanınır

tanınmayacağı hususunda karar verecek Devletin yetkili makamları tarafından dikkate alınır.

Madde 16

1. Yukarıda dördüncü maddenin birinci fıkrasında ifade edilen fiilleri işlediği iddia edilen kişiler, on üçüncü maddede tasvir edilen soruşturmanın yapılması sırasında tüm resmi görevlerinden açığa alınır.
2. Bu kimseler yalnızca her ülkede bulunan yetkin sıradan mahkemelerce yargılanırlar; asla özel mahkemelerce, ve özellikle de askeri mahkemelerce yargılanamazlar.
3. Bu yargılamalarda Diplomatik İlişkiler hakkında Viyana Sözleşmesi'nde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, hiçbir ayrıcalık, muafiyet veya özel bir istisna tanınmaz.
4. Bu tür fiillerden sorumlu olduğu varsayılan kimselerin soruşturma, kovuşturma ve yargılamanın her evresinde, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve yürürlükte bulunan diğer ilgili uluslararası anlaşmaların ilgili hükümleri çerçevesinde adil muamele görmeleri sağlanır.

Madde 17

1. Zorla kaybetmeyi teşkil eden eylemler, kaybolan kimselerin akıbeti ve nerede oldukları failleri tarafından gizlendiği sürece ve bu olaylar açıklığa kavuşmadıkça, devam eden bir suç olarak kabul edilirler.
2. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin ikinci maddesinde belirtilen hukuki yollar etkili değilse, bu etkili hukuki başvuru yolları yeniden mevcut kılınıncaya kadar zorla kaybetme eylemleri ile ilgili zamanaşımı süresi durur.
3. Zorla kaybetme eylemleri ile ilgili zamanaşımının geçerli olduğu durumlarda, zamanaşımı için gerekli süre, suçun aşırı ölçüde ağır oluşu göz önüne alınarak uzun tutulmalı ve suçla orantılı olmalıdır.

Madde 18

1. Yukarıda dördüncü maddenin birinci fıkrasında ifade edilen suçları işleyen veya işlediği iddia edilen kimseler, onları ceza davalarından veya cezai yaptırımlardan muaf tutma sonucunu doğurabilecek herhangi bir özel af kanunundan veya benzeri bir tedbirden yararlanamazlar.
2. Af yetkisi kullanılırken, zorla kaybetme eylemlerinin son derece ciddi mahiyeti dikkate alınır.

Madde 19

Zorla kaybetme eylemlerinden mağdur olanlar ile bu kişilerin aileleri, mümkün olduğu ölçüde tam bir rehabilitasyon için gerekli imkanlar dahil, zararlarının telafisini elde etme ve yeterli bir tazminat alma hakkına sahiptir. Zorla kaybetme fiili sonucu mağdurun ölmesi halinde, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin de tazminat alma hakkı vardır.

Madde 20

1. Devletler, zorla kaybetmeye maruz kalmış ebeveynlerin çocuklarının ve zorla kayıp edilmiş annelerin bu sırada doğan çocuklarının kaçırılmalarını engeller ve cezalandırır. Devletler bu durumdaki çocukların aranması, kimliklerinin tespit edilmesi ve ailelerine iade edilmeleri için her türlü çabayı gösterir ve tüm imkanlarını seferber eder.
2. Bir önceki fıkrada sözü edilen çocukların menfaatlerinin en iyi şekilde korunması gereği dikkate alınarak, evlat edinme uygulamasını kabul eden Devletlerde, zorla kaybetmeden kaynaklanan herhangi bir evlat edinmenin incelenmesi ve böyle olduğu durumda iptali mümkün kılınır. Ancak eğer inceleme sırasında çocuğun en yakın akrabaları tarafından evlatlık durumuna onay verilirse, bu tür bir evlat edinme geçerli sayılmaya devam edilmelidir.
3. Zorla kaybedilmeye maruz kalmış ebeveynlerin çocukları ve zorla kaybedilmiş annelerin bu sırada doğan çocuklarının kaçırılması ve bu çocukların gerçek kimliklerini ispat eden belgelerin tahrif edilmesi veya ortadan kaldırılması eylemleri çok ağır bir suç teşkil etmektedir ve buna uygun biçimde cezalandırılır.

4. Bu amaçla Devletler, gerektiğinde iki taraflı veya çok taraflı anlaşmalar yaparlar.

Madde 21

Mevcut Bildirge'deki hükümler, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve diğer tüm uluslararası belgelerdeki hükümlere hanel getirmeksizin yürürlüğe konarlar; dolayısıyla söz konusu hükümleri herhangi bir biçimde kısıtlamaya veya ihlal etmeye yönelik olarak algılanmaları veya yorumlanmaları mümkün değildir.

EK 2:

BÜTÜN KİŞİLERİN ZORLA KAYBEDİLMEYEN KÖRÖNÖMASINA DÖİR ÖLÖSLÖRÖRÖSÖ SÖZLEŞME

(ALINTILAR)

Giriş

Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler,

Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca, Devletlerin insan haklarına ve temel özgürlüklere evrensel olarak riayet edilmesini ve saygı gösterilmesini sağlama yükümlölüklerini *göz önünde bulundurarak,*

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni *dikkate alarak,*

Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve insan hakları, insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku alanlarındaki ilgili diğer uluslararası belgelerden *hareketle,*

Ayrıca, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 18 Aralık 1992 tarihli ve 47/133 sayılı kararıyla benimsenen Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildirge'ye *atıfla,*

Bir suç teşkil eden ve uluslararası hukuk kapsamında belirlenmiş kimi durumlarda insanlığa karşı suç şeklinde tanımlanan zorla kaybetmenin son derece ciddi mahiyetini *dikkate alarak,*

Zorla kaybetmelerin önlenmesi ve bu suçu işleyenlerin cezasızlık zırhıyla korunmasına karşı mücadele hususlarında *kararlılıkla,*

Tüm kişilerin zorla kaybetmeye maruz bırakılmama, mağdur edilenlerin ise adalet ve tazminat hakkını *dikkate alarak,*

Herhangi bir mağdurun zorla kaybedilme koşullarına ilişkin hakikati bilme, kaybedilen kişinin akıbetini öğrenme ve bu konularda bilgi talep etme, edinme ve elindeki bilgiyi paylaşma hak ve özgürlüğünü *teyit ederek,*

Aşağıdaki maddeler üzerinde *anlaşmaya varmışlardır:*

BÖLÜM I

Madde 1

1. Hiç kimse zorla kaybetmeye maruz bırakılamaz.
2. Fiili savaş durumu, savaş tehdidi, ÷lke içinde siyasal istikrarsızlık veya başka herhangi bir olağanüstü hal durumu dahil olmak üzere, hangi istisnai koşullar söz konusu olursa olsun, bunlar zorla kaybetme olayları için gerekçe olarak ileri sürülemez.

Madde 2

Bu Sözleşme'nin amaçları açısından "zorla kaybetme" terimi, kişilerin, Devlet adına görev yapan veya Devletin izni, desteği veya göz yummasıyla hareket eden kişiler veya gruplar tarafından tutuklanması, gözaltına alınması, alıkonması, kaçırılması veya başka herhangi bir biçimde özgürlüklerinden yoksun bırakılması; ve bunun akabinde söz konusu kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmış olduğunun reddedilmesi veya kaybedilmiş kişinin yerinin ya da akıbetinin gizlenmesi sonucu kayıp kişinin hukukun koruması dışında kalması durumunu anlatmak amacıyla kullanılır.

Madde 3

Taraf Devletlerden her biri, Devletin izni, desteği veya göz yumma durumu olmaksızın hareket eden kişiler veya gruplar tarafından gerçekleştirilen ve 2. Maddede tanımlanan fiilleri soruŐtırmak üzere gerekli önlemleri alacak ve sorumlularını yargı önüne ıkaracaklardır.

Madde 4

Taraf Devletlerden her biri, zorla kaybetmenin kendi ceza kanunu çerçevesinde suç sayılmasını sağlayacak adımları atacaktır.

Madde 5

Zorla kaybetmelerin yaygın veya sistematik biçimde gerçekleşmesi, uluslararası hukukta da tanımlandığı üzere,

insanlığa karşı suç teşkil eder ve bu mahiyetiyle uluslararası hukukta böylesi suçlara ilişkin öngörülen yaptırımlarına tabidir.

Madde 6

1. Taraf Devletlerden her biri, en azından:

(a) Zorla kaybetme suçunu işleyen, işlenmesini emreden, başkalarını bu suça teşvik eden, azmettiren, bu suçu işleme teşebbüsünde bulunan, suç ortaklığı eden veya suça iştirak eden tüm kişileri;

(b) Kendisi amir durumunda olup:

i) Kendi maiyetinde veya yetki ve denetimi altında görev yapan kişilerin zorla kaybetme suçunu işlemekte olduklarını veya işlemek üzere olduklarını ortaya koyan bilgilerden haberdar olan veya bu bilgileri kasten görmezden gelen kişileri;

ii) Zorla kaybetme suçuna ilişkin faaliyetler üzerinde etkili sorumluluk ve denetim sahibi olan kişileri;

iii) Zorla kaybetme fiilinin geręekleŐmesini önlemek veya böyle bir fiili cezalandırmak için kendi yetkisi dahilindeki gerekli ve makul bütün önlemleri almayan veya konuyu soruşturulup kovuşturulması için yetkili mercilere aktarmayan kişileri;

cezai açıdan sorumlu tutmak üzere gerekli önlemleri alacaktır.

(c) Yukarıdaki (b) Benti, ilgili uluslararası hukuk kuralları geręevesinde askeri bir komutan veya fiilen askeri komutan konumundaki kişi için geçerli daha üst düzeydeki sorumluluk standartlarının saklı kalması kaydıyla geçerlidir.

3. Kamusal, sivil veya askeri herhangi bir merciin emir veya talimat vermiş olması, zorla kaybetme suçunu haklı gösteren bir mazeret olarak kullanılamaz.

Madde 7

1. Taraf Devletlerden her biri, zorla kaybetme suçunun ciddiyet derecesini de dikkate alarak, uygun cezalarla cezalandırılmasını öngörecektir.

2. Taraf Devletlerden her biri:

(a) Özellikle, zorla kaybetme suçuna karışmış kişilerin kayıp durumdaki kişinin sağ olarak bulunmasına etkili bir biçimde katkı sağlamaları, bu tür olayların açıklığa kavuşturulmasını mümkün kılmaları veya bu olayın faillerinin teşhisine yardımcı olmaları durumunda bunların hafifletici sebep sayılmasını;

(b) Diğer ceza usulleri saklı kalmak üzere, bilhassa kaybedilen kişinin ölmesinin; ya da zorla kaybetme fiilinin hamile kadınlar, çocuklar, engelli kişiler veya başka özellikle savunmasız durumdaki kişilere karşı gerçekleştirilmiş olmasının ağırlaştırıcı sebep sayılmasını öngörebilir.

Madde 8

5. Maddenin hükümleri saklı kalmak üzere:

1. Zorla kaybetme vakalarında zamanaşımı uygulayan bir Taraf Devlet, cezai kovuşturma açısından bu süre için aşağıdaki hususları gözetecektir:

(a) Zamanaşımı süresinin uzun olacak şekilde ve fiilin ağırlığı ile orantılı olarak belirlenmesi;

(b) Suçun süreğen yapısı da göz önüne alınarak, zamanaşımı süresinin zorla kaybetme suçunun sona erdiği andan itibaren başlatılması.

2. Taraf Devletlerden her biri, zamanaşımı için gerekli süre zarfı içerisinde zorla kaybedilme mağdurlarının etkili hukuki başvuru haklarına kavuşmalarını sağlayacaktır.

Madde 9

1. Taraf Devletlerden her biri:

(a) Suçun kendi egemenliği altındaki topraklarda veya kendisine kayıtlı bulunan bir gemide veya uçakta gerçekleşmesi;

(b) Suç isnat edilen kişinin kendi vatandaşı olması;

(c) Ve kaybedilen kişinin kendi vatandaşı olması ve ilgili diğer Taraf Devletin bunu uygun görmesi

durumlarında, zorla kaybetme suçuyla ilgili yargılama yetkisini elinde bulundurmasının gerektirdiği tedbirleri alacaktır.

2. Benzer biçimde, Taraf Devletlerden her biri, zorla kaybetme suçu isnat edilen kişi kendi egemenlik alanındaki herhangi bir bölgede bulunmuş ise, uluslararası yükümlülükleri uyarınca suçlanan kişiyi sınır dışı etmediği, ya da başka bir Devlete veya yargı yetkisini tanımış olduğu bir uluslararası ceza mahkemesine teslim etmediği sürece, zorla kaybetme suçunu yargılama yetkisini kullanarak bu kişinin yargılanmasını sağlamak için gerekli adımları atacaktır.

3. Bu Sözleşme, ulusal mevzuat çerçevesinde geçerli herhangi bir ek cezai yargılama yetkisinin var olmasını engellemez.

Madde 10

1. Herhangi bir Taraf Devlet, elindeki bilgileri değerlendirdikten sonra bu bilgileri tatmin edici bulması ve koşulların bunu gerektirmesi halinde, kendi topraklarında bulunan ve zorla kaybetme suçu işlediğinden kuşku lanılan kişiyi gözaltına alacak veya bu kişinin mevcutlu bulunmasını sağlayacak diğer yasal önlemleri alacaktır. Gerek gözaltında tutma gerekse diğer yasal önlemler söz konusu Taraf Devletin kendi yasaları uyarınca gerçekleştirilecek, ancak söz konusu kişinin mahkemede bulundurulması, başka bir ülkeye teslimi veya sınır dışı edilmesinin gerektireceği süre zarfıyla sınırlı olacaktır.

2. Bu maddenin (1). Fıkrasında bahsedilen önlemleri alan bir Taraf Devlet, kanıtları derlemek üzere gecikmeksizin bir ön araştırma veya soruşturma başlatacaktır. Bu Taraf Devlet, 9. Maddenin (1). Fıkrasında söz edilen Taraf Devletleri bu maddenin (1). Fıkrası uyarınca aldığı önlemler konusunda bilgilendirecektir. Bu bilgilendirme kapsamında gözaltı ve gözaltını gerektiren koşullar, ön araştırma veya soruşturmanın ortaya koyduğu bulgular ve yargı yetkisini kullanma niyeti olup olmadığı da yer alacaktır.

3. Bu maddenin (1). Fıkrası çerçevesinde gözaltında tutulan herhangi bir kişi, vatandaşı olduğu ülkenin en yakındaki ilgili

temsilcisiyle veya Devletsiz bir kişiyse genellikle ikamet ettiği Devletin temsilcisiyle hemen iletişime geçebilir.

Madde 11

1. Zorla kaybetme suçu isnat edilen kişinin bulunduğu yerde yargı yetkisine sahip olan Taraf Devlet, bu kişiyi sınır dışı etmedikçe, uluslararası yükümlülükleri çerçevesinde başka bir Devlete teslim etmedikçe veya yetkisini tanıdığı bir uluslararası ceza mahkemesine sevk etmedikçe, konuyu kovuşturma amacıyla kendi yetkili mercilerine havale edecektir.

2. Bu merciler, ilgili kararlarını, söz konusu ülkede geçerli yasalar uyarınca ciddi mahiyette herhangi bir suç için hangi yollar izleniyorsa o yolları izleyerek alacaklardır. 9. Maddenin (2). Fıkrasında atıfta bulunulan durumlarda kovuşturma ve mahkumiyet için gerekli kanıt standartları, 9. Maddenin (1). Fıkrasında belirtilen durumlar için gerekli sayılanlardan daha gevşek olamaz.

3. Zorla kaybetme suçlamasıyla yargılanan herhangi bir kişiye, yargı sürecinin her aşamasında adil muamele garantisi edilecektir. Zorla kaybetme suçlaması ile ilgili olarak yargı önüne çıkarılan kişi, yasalar çerçevesinde oluşturulmuş, yetkin, bağımsız ve tarafsız bir mahkemece adil bir biçimde yargılanma hakkından yararlanacaktır.

Madde 12

1. Taraf Devletlerden her biri, bir kimsenin zorla kaybetmeye maruz bırakıldığı iddiasında bulunan herhangi bir kişinin elindeki kanıtları yetkili mercilere sunma hakkını güvence altına alacaktır. Yetkili merciler bunun üzerine iddiayı hemen ve tarafsız biçimde değerlendirecek, yine gecikmeden ve tarafsız bir soruşturma süreci başlatacaktır. Gerektiğinde, şikayetçinin, tanıkların, kaybedilen kişinin yakınlarının ve avukatlarının ve soruşturmada yer alan diğer kişilerin, yaptıkları şikayet veya sundukları kanıtlardan dolayı herhangi bir kötü muamele veya baskıya maruz kalmamaları için gerekli adımlar atılacaktır.

2. Herhangi bir kişinin zorla kaybetmeye maruz kaldığına inanmak için makul bir zeminin bulunması durumunda, bu maddenin (1). Fıkrasında sözü edilen yetkili merciler, resmi bir şikayete ihtiyaç duymaksızın soruşturma başlatacaktır.

3. Taraf Devletlerden her biri, bu maddenin (1). Fıkrasında söz edilen yetkililerin:

- a) Soruşturma açısından gerekli belgelere ve diğer bilgilere erişim dahil, soruşturmayı gerektiği gibi yürütmeye yetecek yetki ve kaynaklara;
- b) Gerektiğinde konuya ilişkin hüküm verecek yetkili yargı merciinin izniyle, zorla kaybedilmiş kişinin halen bulunabileceğine inanmak için makul gerekçenin olduğu herhangi bir alıkonma yeri veya başka bir mekana erişime

sahip olmasını sağlayacaktır.

4. Taraf Devletlerden her biri, soruşturmanın yürütülmesine engel olan fiilleri önlemek ve yaptırıma tabi tutmak üzere gerekli tedbirleri alacaktır. Taraf Devletlerden her biri, özellikle, zorla kaybetme suçı işlediğinden kuşkulanan kişinin, şikayette bulunanı, tanıkları, kaybolan kişinin yakınlarını, avukatlarını veya soruşturmaya katılan diğer kişileri hedef alan baskı, sindirme veya misilleme gibi eylemlerle soruşturmanın gidişatını etkilememesini sağlayacaktır.

Madde 13

1. Taraf Devletlerden birinden diğerine kişilerin iadesi söz konusu olduğunda, zorla kaybetme suçı, siyasi bir suç, siyasi bir suçla bağlantılı bir suç veya siyasi saiklerle işlenmiş bir suç sayılmayacaktır. Dolayısıyla, bir kişinin böyle bir suç isnadı temelinde iadesine yönelik herhangi bir talep, yalnızca siyasi suçlu olduğü gerekçesine dayandırılarak reddedilemez.

2. Zorla kaybetme suçü, bu Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önce taraflar arasında mevcut bulunan suçluların iadesine ilişkin herhangi bir anlaşma bakımından suçlunun iade edilebilir olduğü bir suç sayılacaktır.

3. Taraf Devletler, suçluların iadesine ilişkin bu Sözleşme sonrasında imzalayacakları herhangi bir anlaşmada, zorla kaybetmeyi bu suçü işleyenlerin iade edilebileceği bir suç sayma yükümlülüğü altına girerler.

4. Suçluların iadesini bu alanda bir anlaşması bulunması koşuluna bağlayan herhangi bir Taraf Devlet, böyle bir karşılıklı anlaşma

içine girmemiş olduğu bir başka Taraf Devletten suçluların iadesine yönelik bir talep alırsa, bu Sözleşme'yi zorla kaybetme bağlamında suçluların iadesi için gerekli yasal dayanak sayabilir.

5. Suçluların iadesini bu alanda herhangi bir anlaşmaları bulunması koşuluna bağlamayan Taraf Devletler ise kendi aralarında zorla kaybetmeyi suçluların iadesini gerektirecek bir suç olarak tanımlar.

6. Suçluların iadesi işlemi, her durumda, kendisinden bu yönde talepte bulunulan Taraf Devletin yasalarının veya halihazırda geçerli suçlu iade anlaşmalarının öngördüğü koşullara – özellikle de asgari ceza koşulu ve kendisinden iade talebinde bulunulan Taraf Devletin bunu reddetmesi veya belirli şartlara bağlamasının gerekçelerine ilişkin koşullara tabidir.

7. Bu Sözleşme'de yer alan hiçbir hüküm, kendisinden talepte bulunulan Taraf Devletin, söz konusu iade talebinin belirli bir kişiyi cinsiyeti, ırkı, dini, uyruğu, etnik kökeni, siyasi görüşleri veya belirli bir sosyal gruba üyeliği nedeniyle cezalandırmayı amaçladığını veya bu talebe uyulması halinde söz konusu kişinin bu nedenlerle zarar göreceğini düşünmek için sağlam gerekçelere sahip olduğu durumlarda suçluları iade etme yükümlülüğü getirdiği şeklinde yorumlanamaz.

Madde 14

1. Taraf Devletler zorla kaybetme suçuna ilişkin cezai dava süreçlerinde, yargılama için gerekli olan ellerindeki tüm kanıtları aktarmak dahil, birbirlerine en üst düzeyde karşılıklı hukuksal yardımda bulunacaklardır.

2. Bu karşılıklı hukuksal yardım, kendisinden talepte bulunulan Taraf Devletin kendi hukukunda öngörülen veya karşılıklı hukuksal yardım anlaşmalarında belirtilen koşullara – özellikle de kendisinden talepte bulunulan Taraf Devletin talebi reddetmesi veya belirli koşullara bağlamasının gerekçelerine ilişkin koşullara tabidir.

Madde 15

Taraf Devletler, zorla kaybetme mağdurlarına yardım, kaybedilen kişilerin aranması, yerlerinin belirlenmesi ve serbest bırakılmaları, ölmüş olmaları durumunda ise kalıntılarının mezardan çıkarılıp,

teşhiş edilip yakınlarına geri verilmelerine yönelik olarak aralarında işbirliği yapacaklar ve mümkün olan en üst düzeyde karşılıklı yardım sunacaklardır.

Madde 16

1. Hiçbir Taraf Devlet, söz konusu kişinin böylesi bir durumda zorla kaybedilme tehlikesi altında olacağına ilişkin kuvvetli belirtiler varsa bu kişiyi sınır dışı etmeyecek, başka bir Devlete teslim veya iade etmeyecektir.
2. Yetkili merciler, bu hususta kuvvetli belirtilerin bulunup bulunmadığını belirlemek adına, gerektiğinde ilgili Devletin yetki alanı dahilinde sürekli bir tarzda ağır, aşikar veya kitlesel halde insan hakkı ihlallerine veya uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerine rastlanıp rastlanmadığı da dahil olmak üzere ilgili tüm koşulları dikkate alacaklardır.

Madde 17

1. Hiç kimse gizli şekilde alıkonamaz veya gözaltında tutulamaz.
2. Kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakma alanında Taraf Devletin altına girdiği diğer yükümlölükler saklı kalmak üzere, her Taraf Devlet kendi mevzuatında:
 - (a) Özgürlükten yoksun bırakmaya dair emirlerin hangi koşullar altında verilebileceğini belirtmelidir;
 - (b) Özgürlükten yoksun bırakma emri vermeye yetkili mercileri belirlemelidir;
 - (c) Özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerin yalnızca resmen tanınmış ve denetime tabi mekanlarda tutulmasını garanti etmelidir;
 - (d) Özgürlüğünden yoksun bırakılmış herhangi bir kişinin, yasalarla belirlenmiş koşullara tabi olmak üzere, ailesi, avukatı veya istediği herhangi bir kişi ile görüşebilmesini, bu kişiler tarafından ziyaret edilebilmesini; söz konusu kişinin yabancı olması durumunda ise konuya dair uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde kendi ülkesinin konsolosluk yetkilileriyle görüşebilmesini güvence altına almalıdır;

(e) Gerektiğinde yetkili yargı mercilerinden önceden izin alınması suretiyle, yetkin ve yasal izni bulunan merci ve kurumların özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerin tutuldukları mekanlara erişimini sağlamalıdır;

(f) Özgürlüğünden yoksun bırakılmış herhangi bir kişinin veya olası bir zorla kaybetme vakasında kaybedilmiş olan kişinin bu hakkını kullanamayacağı gözetilerek konu özelinde meşru menfaati bulunan bir akrabası, vekili veya avukatı gibi kişilerin, mahkemenin söz konusu özgürlükten yoksun bırakma durumunun hukuka uygunluğu konusunu gecikmeksizin karara bağlayarak hukuka uygun bulunmaması durumunda ilgili kişinin serbest bırakılmasını emredebilmesi adına her durumda konuyu yargı önüne getirebilme haklarını güvence altına almalıdır.

3. Taraf Devletlerden her biri, özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilere ilişkin bir veya birçok sayıda sürekli güncellenen resmi kayıt tutacak, bu resmi kayıtlar talep üzerine ilgili Taraf Devletin kendi yasaları veya taraf olduğu uluslararası anlaşmalar uyarınca bu amaçla yetkilendirilmiş yargısal veya diğer yetkin mercilere ya da kurumlara ivedilikle sunulacaktır. Bu kayıтта yer alan bilgiler asgari düzeyde şunları içermelidir:

a) Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin kimliği;

b) Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı tarih, zaman ve yer ve onu özgürlüğünden yoksun bırakan merciin kimliği;

c) Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma emrini veren merci ve bunun gerekçeleri;

d) Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması durumunu denetlemekten sorumlu merci;

e) Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin tutulduğu yer, kişinin bu yere alındığı tarih ve saat ve bu mekanın kendisinden sorumlu olan merci;

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

g) Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı süre zarfı içerisinde ölmesi durumunda ölüm nedenleri ve koşulları ve kalıntılarının nerede olduğu;

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

Madde 18

1. Taraf Devletlerden her biri, 19 ve 20. Maddeler uyarınca, ilgili bilgileri edinmekte meşru menfaati bulunan, örneğin özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin yakınları, temsilcileri ve avukatları gibi kişilere asgari düzeyde şu bilgilere erişimi sağlayacaktır:

a) Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma talimatını veren merci;

b) Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı tarih, zaman ve yer ile tutulacağı mekana alındığı tarih ve zaman;

c) Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılma durumunu denetlemekten sorumlu merci;

d) Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin bulunduğu yer, başka bir mekana nakledildiyse bu mekanın yeri ve nakil işleminden sorumlu olan merci;

e) Serbest bırakılma işleminin gerçekleştiği tarih, saat ve yer;

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

g) Kişinin özgürlüğünden yoksun kaldığı süre zarfı içerisinde ölmesi durumunda ölüm nedenleri ve koşulları ve kalıntılarının nerede olduğu.

2. Gerektiğinde, bu maddenin (1). Fıkrasında sözü edilen kişileri, ayrıca soruşturmaya katılan kişileri, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerle ilgili bilgi edinme çabaları nedeniyle maruz kalabilecekleri kötü muamele, korkutmaya yönelik hareket veya yaptırımdan korumak için uygun önlemler alınacaktır.

Madde 19

1. Kaybedilmiş bir kişinin aranması çerçevesinde toplanan veya aktarılan tıbbi ve genetik bilgiler dahil olmak üzere kişisel bilgiler, bu kişinin aranmasıyla ilgili amaçlar dışında kullanılmayacak veya açıklanmayacaktır. Fakat bu hüküm, zorla kaybetme suçu ile ilgili cezai dava süreçlerinde veya mağdurların tazminat hakkını almasında söz konusu bilgilerin kullanılmasını engellemez.

2. Tıbbi ve genetik bilgiler dahil olmak üzere kişisel bilgilerin toplanması, işleme sokulması, kullanılması ve muhafaza edilmesi insan haklarını, temel özgürlükleri ve kişinin haysiyetini ihlal edecek veya bu tür sonuçlar yaratacak şekilde yapılamaz.

Madde 20

1. 18. Maddede ifade edilen bilgi edinme hakkı, istisnai olarak ve yalnızca özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişi yasaların koruması altındaysa ve özgürlükten yoksun bırakılma hali yargı denetimine tabi ise kısıtlanabilir. Böyle bir kısıtlamaya yalnızca mutlak zorunluluk görüldüğünde, yasalarca belirlenmiş biçimlerde ve söz konusu kişiyle ilgili bilgilerin aktarılmasının o kişinin mahremiyetini veya güvenliğini olumsuz yönde etkileyeceği, cezai bir soruşturmayı engelleyeceği veya yasaya uygun, uluslararası hukuk ve bu Sözleşme'nin amaçlarıyla uyumlu benzer gerekçeler bulunduğu durumlarda başvurulabilir. Buna karşılık, 18. Maddede bahsedilen bilgi edinme hakkı, hiçbir koşulda 2. Maddede tarif edilen duruma yol açabilecek veya 17. Maddenin (1). Fikrasını ihlal edecek bir şekilde kısıtlanamaz.

2. Taraf Devletler, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka uygun bulunmasını engellemeksizin, 18. Maddenin (1). Fikrasında belirtilen kişilerin yine 18. Maddenin (1). Fikrasında söz konusu olan bilgilere gecikmeksizin ulaşabilmelerini sağlamak amacıyla ivedi ve etkili hukuki başvuru yollarına erişim haklarını güvence altına alacaklardır. Bu hak, hangi koşul altında olursa olsun ertelenemez ve sınırlandırılmaz.

Madde 21

Taraf Devletlerden her biri, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin gerçekten serbest bırakıldıklarının güvenilir bir biçimde teyit edilebileceği şekilde serbest bırakılmalarını sağlamak adına gerekli önlemleri alacaklardır. Taraf Devletlerden her biri, ayrıca, serbest bırakılanların ulusal mevzuat çerçevesinde tabi tutulabilecekleri yükümlülükler saklı kalmak kaydıyla, söz konusu kişilerin serbest bırakıldıklarında haklarını tam olarak kullanma kapasiteleri ile fiziksel bütünlüklerinin muhafaza edildiğinden emin olmak için de gerekli önlemleri alacaklardır.

Madde 22

6. Maddenin hükümleri saklı kalmak üzere, Taraf Devletlerden her biri aşağıdaki davranışların önlenmesi ve gerçekleşmesi halinde yaptırıma tabi tutulması için gerekli önlemleri alacaktır:

- a) Madde 17 Fıkra 2 Bent (f) ve Madde 20 Fıkra (2)'de yer alan yasal çözüm yollarının işleminin geciktirilmesi veya engellenmesi;
- b) Özgürlüğünden yoksun bırakılan herhangi bir kişi ile ilgili gerekli kayıtların tutulmaması veya bundan sorumlu resmi görevlinin kayıt adı altında doğru olmadığını bildiği veya bilmesi gereken bilgileri girmesi;
- c) Bu tür bilgileri edinmek adına yasal gereklilikler yerine getirildiği halde özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kişi ile ilgili bilgi vermenin reddedilmesi veya bu konuda yanlış bilgi verilmesi.

Madde 23

1. Taraf Devletlerden her biri, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin gözaltında tutulması veya bunlarla ilgili muamelelerden sorumlu sivil veya askeri kolluk görevlilerinin, tıbbi personelin, kamu görevlilerinin ve diğerlerinin eğitiminde özellikle:

- a) Söz konusu görevlilerin zorla kaybetme vakalarına karışmalarının önlenmesi;
- b) Zorla kaybetmeye ilişkin önleme ve soruşturma faaliyetlerinin önemini vurgulanması;

- c) Zorla kaybedilme durumlarının bir an önce çözüme ulaşması gerekliliğinin bütün ilgililerce kabulünün sağlanması;

amacıyla bu Sözleşme'nin ilgili hükümlerine dair bilgilere de yer verilmesini sağlayacaktır.

2. Taraf Devletlerden her biri, zorla kaybetmelere salık veren, cevaz veren veya teşvik eden emir ve talimatların yasaklanmasını sağlayacaktır. Taraf Devletlerden her biri, bu tür bir emir veya talimata uymayı reddeden herhangi bir kişinin bu yüzden cezalandırılmayacağını garanti edecektir.

3. Taraf Devletlerden her biri, bu Maddenin (1). Fıkrasında atıfta bulunulan ve zorla kaybetme olayının meydana geldiğini veya planlandığını düşünmek için gerekli sebebi olan kişilerin, bunu amirlerine veya gerektiğinde durumu değerlendirme ve düzeltme yetkisine sahip makamlara bildirmelerini sağlamak için gerekli önlemleri alacaktır.

Madde 24

1. Bu Sözleşmenin amaçları açısından "mağdur", kaybedilen kişi ve zorla kaybedilme durumundan doğrudan zarar gören kişidir.

2. Her mağdurun, zorla kaybetme olayının cereyan ettiği koşullara ilişkin hakikati, yapılan soruşturmanın gelişimi ve sonuçlarını ve kaybedilmiş kişinin akıbetini bilme hakkı vardır. Taraf Devletlerden her biri bu bakımdan gerekli tedbirleri alacaktır.

3. Taraf Devletlerden her biri, kaybedilmiş kişinin aranması, bulunduğu yerin tespiti, serbest bırakılması, ölümü halinde ise kalıntılarının bulunması, gerekli saygıyla muamele edilmesi ve yakınlarına iadesi için uygun görülen bütün adımları atacaktır.

4. Taraf Devletlerden her biri, zorla kaybedilme mağdurlarının zararlarının telafisi ve ivedi, adil ve yeterli bir tazminat alma haklarının sağlanması için kendi hukuk sisteminde gerekli düzenlemeleri yapacaktır.

5. Bu Maddenin yukarıdaki 4. Fıkrasında bahsi geçen tazminat hakkı maddi ve manevi tazminatın yanı sıra, gerektiği durumlarda aşağıda belirtilen diğer onarım biçimlerini de kapsayacaktır:

- a) Kayıpların iadesi;

- b) Rehabilitasyon;
- c) Kişinin onurunun ve saygınlığının iadesini de içeren tazmin;
- d) Olayın bir daha tekrarlanmayacağına ilişkin güvence.

6. Kaybedilen kişinin akıbeti açıklığa kavuşturuluncaya kadar araştırmayı sürdürme yükümlülüğü saklı kalmak üzere, Taraf Devletlerden her biri, akıbeti henüz açıklığa kavuşmamış kişinin ve yakınlarının sosyal güvenlik, mali meseleler, aile hukuku ve mülkiyet hakları gibi alanlardaki hukuksal durumlarıyla ilgili gerekli adımları atacaktır.

7. Taraf Devletlerden her biri, zorla kaybetme vakalarının aydınlatılması ve mağdurlara yardım edilmesi yönünde girişimlerde bulunan örgütlenme ve dernekleri kurma ve bunlara serbestçe katılma hakkını güvence altına alacaktır.

Madde 25

1. Taraf Devletlerden her biri kendi ceza kanunu kapsamında:
 - a) Kendileri zorla kaybedilmeye maruz kalan ya da annesi, babası veya yasal vasisi zorla kaybedilen çocuklar ile zorla kaybedilen bir annenin kayıp olduğu sırada doğan çocuğunun haksız yere başka yerlere götürülmesinin;
 - b) Yukarıdaki (a) Bendinde sözü edilen çocukların gerçek kimliklerine ilişkin belgelerin tahrif edilmesi, gizlenmesi veya yok edilmesinin

önlenmesi ve cezalandırılması adına gerekli önlemleri alacaktır.

2. Taraf Devletlerden her biri, bu maddenin 1. Fıkrasının (a) Bendinde bahsedilen çocukların aranması, kimliklerinin tespiti ve asıl ailelerine iade edilmeleri için yasal usuller ve ilgili uluslararası anlaşmalar kapsamında gerekli önlemleri alacaktır.

3. Taraf Devletler, bu maddenin 1. Fıkrasının (a) Bendinde bahsedilen çocukların aranmasında, teşhis edilmesinde ve yerlerinin belirlenmesinde birbirlerine yardımcı olacaklardır.

4. Bu maddenin 1. Fıkrasının (a) Bendinde bahsedilen çocukların yüksek menfaatini ve yasalar uyarınca vatandaşlıkları, adları ve aile ilişkileri dahil olmak üzere kimliklerini koruma veya yeniden edinme

haklarını gözetme gerekliliği ağısından, evlatlık kurumunun veya çocukların yerleştirilmeleri ile ilgili başka sistemlerin bulunduğu ülkelerde Taraf Devletler, söz konusu evlat edinme veya yerleştirme süreçlerini gözden geçirmek ve bir zorla kaybedilme olayı sonucunda gerçekleşmişlerse gerektiğinde iptal etmek için yasal prosedürler geliştirecektir.

5. Her durumda ve özellikle bu madde ile ilgili konularda çocuğun yüksek yararı birinci derecede gözetilecek husus olacaktır; ayrıca, kendi görüşlerini oluşturabilecek durumda olan çocuklar bu görüşlerini serbestçe dile getirme hakkına sahip olacak, yaş ve olgunluk durumu da gözetilerek çocukların görüşlerine gerekli ağırlık verilecektir.

[...]

BÖLÜM III

Madde 37

Bu Sözleşme'de yer alan hiçbir husus:

- (a) Taraf Devletin kendi kanunları;
- (b) Söz konusu Devlet için bağlayıcı olan uluslararası hukuk kuralları

arasında bulunup bütün kişilerin zorla kaybedilmeden korunması ağısından daha faydalı olan hükümlerin uygulanmasını olumsuz yönde etkilemez.

EK 3:

**KİŞİLERİN ZORLA KAYBEDİLMESİ HAKKINDA
AMERİKALILAR ARASI SÖZLEŞME**

(alıntılar)

Bu Sözleşmeyi imzalayan Amerikan Devletleri Örgütü Üye Devletleri,
Kişilerin zorla kaybedilmesinin sürekliliğinden RAHATSIZLIK
DUYARAK;

Amerikalılar arası dayanışma ve iyi komşuluğun gerçek anlamının bu
Yarımkürede demokratik kurumlar çerçevesinde temel insan
haklarına saygıya dayalı bir bireysel özgürlük ve toplumsal adalet
sistemi kurmaktan başkası olamayacağını TEYİT EDEREK;

Kişilerin zorla kaybedilmesinin Yarımkürenin vicdanına bir hakaret ve
insanın doğasına içkin onuruna karşı, Amerikan Devletleri Örgütü
Şartı'ndaki ilke ve hedeflere aykırılık teşkil eden bir suç niteliği
taşıdığını GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURARAK;

Kişilerin zorla kaybedilmesinin Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi,
Amerika İnsan Hak ve Ödevleri Bildirisi ve İnsan Hakları Evrensel
Bildirgesi'nde güvence altına alınan pek çok kısıtlanamaz ve
sınırlanamaz temel insan hakkını ihlal eden bir eylem olduğunu
DİKKATE ALARAK;

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunmasının iç hukuk
vasıtasıyla sağlanan korumayı pekiştiren ve tamamlayan bir
sözleşme biçiminde olduğunu ve insan kişiliğinin özelliklerine
dayandığını HATIRLAYARAK;

Kişilerin zorla kaybedilmesinin sistematik bir biçimde
uygulanmasının insanlığa karşı suç teşkil ettiğini ONAYLAYARAK;

Bu Sözleşmenin bu Yarımkürede kişilerin zorla kaybedilmesini
engelleme, cezalandırma ve ortadan kaldırmaya yardımcı olacağını
ve insan hakları ile hukukun üstünlüğünün korunmasına belirleyici
bir katkı sunacağını UMARAK,

İşbu Kişilerin Zorla Kaybedilmesi hakkında Amerikalılar Arası
Sözleşme'yi benimseme KARARI ALMIŐLARDIR:

Madde I

Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler:

- a) Olağanüstü hal durumlarında dahi kişileri zorla kaybetmeyeceklerini veya bireysel güvenceleri askıya almayacaklarını ya da bunların yapılmasına izin vermeyeceklerini veya bunları tolare etmeyeceklerini;
- b) Kendi yetki alanları dahilinde kişileri zorla kaybetme suçunu işleyenleri, işlemeye teşebbüs edenleri, suç ortaklarını ve faillere yardımcı olanları cezalandıracaklarını;
- c) Kişilerin zorla kaybedilmesi suçunu engellemek, cezalandırmak ve ortadan kaldırmak için birbirleriyle işbirliği yapacaklarını;
- d) Bu Sözleşme'yle altına girdikleri yükümlülöklere uymak adına yasal, idari, adli ve diğer gerekli tedbirleri alacaklarını taahhüt ederler.

Madde II

Bu Sözleşme'nin amaçları açısından "zorla kaybetme" terimi, kişilerin, devlet aktörleri veya Devletin izni, desteği veya göz yummasıyla hareket eden kişi veya gruplar tarafından herhangi bir biçimde özgürlüklerinden yoksun bırakılması; ve bunun akabinde söz konusu kişilere ilişkin bilginin yokluğu veya özgürlüklerinden yoksun bırakılmış olduklarının reddedilmesi ya da yerlerine ilişkin bilgi verilmemesi sonucu kayıp kişinin uygun yasal çözümlere ve usuli güvencelere erişiminin engellenmesi fiilini anlatmak amacıyla kullanılır.

Madde III

Taraf Devletler kendi anayasaları uyarınca kişilerin zorla kaybedilmesini suç olarak tanımlamak ve bu suçun son derece ciddi mahiyetiyle orantılı cezalar öngörmek için gerekli yasal düzenlemeleri benimsemeyi taahhüt ederler. Söz konusu suç mağdurun yeri ve akıbeti açığa çıkmadığı sürece devam etmekte ve kesintisiz sayılacaktır.

Taraf Devletler zorla kaybetme suçunu teşkil eden fiillere iştirak etmiş kişiler için, mağdurun sağ olarak ortaya çıkarılmasına

yardımcı olduklarında veya zorla kaybetme vakasını aydınlatacak bilgiler verdiklerinde bunları hafifletici sebep olarak kabul edebilir.

Madde IV

Zorla kaybetme suçunu teşkil eden fiiller her bir Taraf Devletin topraklarında suç sayılacaktır. Dolayısıyla, her bir Taraf Devlet:

- a. Kişilerin zorla kaybedilmesi veya bu suçu teşkil eden fiillerde herhangi biri kendi egemenlik alanının sınırları dahilinde gerçekleştiğinde;
- b. Suçun isnat edildiği kişi kendi vatandaşı olduğunda;
- c. Mağdur kendi vatandaşı olduğunda ve Devlet bunu yapmayı uygun gördüğünde

yargılama yetkisini kullanmak için gerekli adımları atacaktır.

Ayrıca, her bir Taraf Devlet, suçun isnat edildiği kişi kendi sınırları dahilinde bulunduğu eğer kişiyi sınır dışı etmek için gerekli işlemleri başlatmıyorsa bu Sözleşmede tanımlanan suç üzerinde yargılama yetkisini kullanmak için gerekli adımları atacaktır.

Bu Sözleşme hiçbir Taraf Devlete başka bir Taraf Devletin topraklarında bu Devletin ulusal mevzuatı uyarınca yalnızca kendi yetkililerinin haiz olduğu yargılama vazifesini yerine getirme veya faaliyetleri yürütme yetkisi tanımaz.

Madde V

Kişilerin zorla kaybedilmesi, suçluların iadesi bakımından siyasi bir suç olarak değerlendirilmeyecektir.

Kişilerin zorla kaybedilmesi Taraf Devletlerin imzaladığı tüm iade anlaşmalarında faillerinin iade edilebileceği suçlar arasında sayılacaktır.

Taraf Devletler gelecekte imzalayacakları tüm iade anlaşmalarında da zorla kaybetme suçunu faillerinin iade edilebileceği bir suç sayma taahhüdünde bulunmaktadır.

Suçluların iadesini bu alanda bir anlaşması bulunması koşuluna bağlayan herhangi bir Taraf Devlet, böyle bir karşılıklı anlaşma içine girmemiş olduğu bir başka Taraf Devletten suçluların iadesine

yönelik bir talep alırsa, bu Sözleşme'yi zorla kaybetme bağlamında suçluların iadesi için gerekli yasal dayanak sayabilir.

Suçluların iadesini bu alanda herhangi bir anlaşmaları bulunması koşuluna bağlamayan Taraf Devletler ise kendi aralarında zorla kaybetmeyi suçluların iadesini gerektirecek bir suç olarak tanımlayacak ve bunu suçluyu iade etmesi talep edilen devletin iç hukukundaki koşullara tabi kılacaktır. Suçluların iadesi, kişiyi iade etmesi talep edilen devletin anayasası ve yasalarında belirlenmiş hükümlere tabidir.

Madde VI

Herhangi bir Taraf Devlet iade talebini reddettiğinde, vaka kendi yetki alanında gerçekleşmişçesine kendi ulusal hukuku uyarınca soruşturma ve gerektiğinde cezai adımlar atılması için yetkili mercilerine devredilecektir. Bu yetkili merciler tarafından alınan tüm kararlar iade talebinde bulunan devlete iletilecektir.

Madde VII

Kişilerin zorla kaybedilmesine dair cezai kovuşturma ve faillerine yasa yoluyla uygulanan cezalarda zamanaşımı geçerli değildir.

Ancak eğer yukarıdaki fıkrada ifade edilen hükmün uygulanmasını engelleyen esasa ilişkin bir norm bulunuyorsa zamanaşımı için gerekli süre ilgili Taraf Devletin iç hukukunda tanımlanmış en ağır suç için geçerli olan süreye eşit olacaktır.

Madde VIII

Herhangi bir amirin zorla kaybetme suçunun işlenmesini salık veren, buna izin veren veya bunu teşvik eden bir emri veya talimatına zorunlu olarak itaat etmiş olmak bu suç çerçevesinde savunma olarak kabul edilmez. Böylesi bir emir alan tüm kişilerin buna uymama hakkı ve görevi vardır.

Taraf Devletler kamusal emniyet personeli ve kolluk görevlilerinin eğitiminde kişilerin zorla kaybedilmesi suçuna ilişkin gerekli bilgileri içermesini sağlayacaktır.

Madde IX

Zorla kaybetme suçunu teşkil eden fiillerden sorumlu olduğu iddia edilen kişiler yalnızca her ülkede bulunan yetkin sıradan mahkemelerce yargılanabilirler; asla özel mahkemelerce ve özellikle de askeri mahkemelerce yargılanamazlar.

Zorla kaybetme suçunu oluşturan fiiller askeri vazifenin akışı içerisinde gerçekleşmiş kabul edilemezler.

Bu yargılamalarda Diplomatik İlişkiler hakkında Viyana Sözleşmesi'nde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, hiçbir ayrıcalık, muafiyet veya özel istisna tanınmaz.

Madde X

Savaş tehdidi, savaş durumu, iç siyasal istikrarsızlık veya herhangi bir olağanüstü hal dahil hiçbir durum, kişilerin zorla kaybedilmesini haklı göstermek için ileri sürülemez. Böylesi durumlarda ivedilikle sonuç veren ve etkili yasal prosedür ve mercilere başvuru hakkı, özgürlüğünden yoksun bırakılmış olan kişinin yerini veya sağlık durumunu saptamanın veya söz konusu özgürlüğünden mahrum etme emrini veren ya da eylemini gerçekleştiren görevliyi tespit etmenin bir yolu olarak saklı tutulur.

Bu tür prosedürlerin veya başvuruların gereğini yerine getirirken ve ilgili iç hukuk hükümlerine uygun hareket ederken yetkin yargı mercilerinin tüm alıkonma merkezlerine ve bunların bütün birimlerine ve askeri bölge içerisinde bulunan yerler dahil kaybedilmiş kişinin bulunması ihtimali olan tüm mekanlara anında ve serbestçe erişim izni olacaktır.

Madde XI

Özgürlüğünden yoksun bırakılan tüm kişiler resmi olarak tanınmış bir alıkonulma mekanında tutulacak ve ilgili iç hukuk hükümleri uyarınca gecikme olmaksızın yetkin bir yargı makamı önüne çıkarılacaklardır.

Taraf Devletler, ulusal mevzuatları uyarınca, gözaltındaki veya alıkonmuş kişilere ilişkin sürekli güncellenen resmi kayıtlar oluşturup tutacak ve bunları söz konusu kişilerin akrabalarının,

hakimlerin, avukatların, meşru menfaati bulunan diğer kişilerin ve başka yetkililerin eriőimine açık kılacaktır.

Madde XII

Taraf Devletler başka bir ũlkeye kađırılmıő veya ebeveynlerinin ya da vasilerinin zorla kaybedilmesi ũzerine orada alıkonmuş olan çocukların aranması, tespiti, bulunması ve iade edilmesi için birbirlerine karşılıklı yardımı sağlayacaklardır.

[...]

Madde XV

Bu Sözleşmenin hũkũmlerinden hiçbiri Taraflarca imzalanmıő diğer iki veya çok taraflı sözleşmeleri veya başka anlaşmaları sınırlandırarak Şekilde yorumlanamaz.

Bu Sözleşme, Silahlı Kuvvetlere Mensup Yaralı, Hasta ve Kazazedelerin Durumunun İyileőtirilmesine; Savaş Esirlerine Yapılacak Muameleye ve Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına ilişkin 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller kapsamındaki uluslararası silahlı çatışmalar bağlamında geçerli değildir.

EK 4:

YASA DIŞI, KEYFİ VE KISA YOLDAN İNFAZLARIN ETKİLİ ŞEKİLDE ÖNLENMESİ VE SORUŞTURULMASINA DAİR İLKELER

Önleme

1. Devletler yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infazları kanun yoluyla yasaklar; bu tür infazların ceza kanununa göre suç olarak düzenlenmesini ve bu suçun ağırlığını dikkate alan uygun cezalar ile cezalandırılmasını sağlar. Savaş durumu veya savaş tehdidi, iç siyasal istikrarsızlık veya herhangi bir olağanüstü durum gibi istisnai şartlar, bu tür infazları haklı göstermek için ileri sürülemez. İç silahlı çatışma hali, kamu görevlileri tarafından veya resmi sıfatla hareket eden başka kimseler tarafından veya resmi görevlilerin teşviki, rızası veya muvafakati ile hareket eden kimseler tarafından aşırı veya yasa dışı biçimde zor kullanıldığı durumlar ve gözaltında ölümlle sonuçlanan durumlar da dahil ama bunlarla sınırlı kalmaksızın hiçbir hal ve şart altında bu tür bir infaz yapılamaz. Bu yasak, hükümet makamları tarafından verilen emir ve talimatlardan üstündür.
2. Hükümetler yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infazları önlemek için yakalama, gözaltına alma, gözaltında tutma, nezarete alma, alıkoyma ve hapsedmeden sorumlu olan, ve ayrıca zor ve silah kullanma yetkisine sahip olan kamu görevlileri üzerinde kati bir emir-komuta zinciri de dahil, sıkı bir denetim uygulanmasını sağlar.
3. Üst düzey görevlilerin veya kamu makamlarının bu tür yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infazlar için başkalarını yetkilendiren veya teşvik eden emirler vermeleri Hükümetler tarafından yasaklanır. Herkesin bu tür emirleri reddetme hakkı ve ödevi vardır. Kolluk güçleri eğitilirken yukarıdaki hükümler üzerinde önemle durulur.
4. Öldürölme tehdidi alan kişiler de dahil, yasa dışı, keyfi veya kısa yoldan infaz tehlikesi ile karşı karşıya olan kişilere ve gruplara yargısal veya başka yöntemlerle etkili koruma sağlanır.
5. Bir kimsenin iradesi hilafına bir ülkeye geri gönderildiği veya iade edildiği takdirde yasa dışı, keyfi veya kısa yoldan infaz mağduru olabileceğine inanmak için sağlam sebepler bulunması

halinde, söz konusu kimse o ülkeye gönderilemez veya iade edilemez.

6. Hükümetler, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin resmi alıkonulma mekanlarında tutulmalarını ve bu kişilerin gözaltında oluşlarına ve nakil edildikleri yerler dahil nerede bulduklarına ilişkin doğru bilgilerin ivedilikle yakınlarına ve avukatlarına veya güvenilebilecek diğer kimselere verilmesini sağlar.

7. Sağlık personeli dahil kalifiye müfettişler veya bunların muadili olan bağımsız yetkililer nezaret yerlerinde düzenli olarak teftiş yaparlar; bu müfettişler görevlerini yerine getirirken tam bağımsızlık güvencelerine sahip olarak önceden haber vermeksizin kendiliklerinden de teftiş yapmaya yetkilidirler. Müfettişler hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın, nezaret yerlerinde bulunan tüm kişilere ve bu kişilerle ilgili kayıtlara ulaşabilirler.

8. Hükümetler diplomatik aracılık yapma, şikayetçilerin uluslararası ve yargısal organlara ulaşmalarını kolaylaştırma, kamuya açıklama yapma gibi tedbirler almak suretiyle yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infazların önlenmesi için her türlü çabayı gösterirler. Bu tür infaz haberlerini soruşturmak ve bu tür uygulamalara karşı etkili tedbir almak için hükümetlerarası mekanizmalar kullanılır. Sınırları içerisinde yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infazların meydana geldiğine dair makul şüphe bulunan ülkelerin Hükümetleri de dahil bütün Hükümetler, bu hususta yapılan tüm uluslararası soruşturmalarda tam bir işbirliği yaparlar.

Soruşturma

9. Yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infazdan şüphelenilen bütün olaylarda ve ayrıca yukarıda ifade edilen koşullar altında doğal olmayan bir ölümün meydana geldiğine dair yakınların şikayette bulunması veya başka güvenilir kaynaklardan haber alınması halinde, hemen kapsamlı ve tarafsız bir soruşturma yapılır. Hükümetler bu tür soruşturmalar için soruşturmayı yürütecek organları ve soruşturma usulleri oluştururlar. Soruşturmanın amacı ölüm nedenini, şeklini ve zamanını, bundan sorumlu olan kişiyi ve bu ölüme yol açmış olabilecek davranış veya uygulamayı saptamaktır. Soruşturma yeterli bir otopsi yapılmasını, bütün fiziksel ve belgesel delillerin toplanmasını, analizini ve tanık

ifadelerini içerir. Soruşturma söz konusu ölümün doğal ölüm, kaza sonucu ölüm, intihar ve cinayet arasından hangisi olduğunu ayırt eder.

10. Soruşturma makamı, soruşturma için gerekli her türlü bilgiyi elde etme yetkisine sahiptir. Etkili bir soruşturma yapabilmeleri için soruşturmayı yürüten kimselere gerekli mali imkanlar ve teknik donanım sağlanır. Soruşturmayı yapan kimseler bir infaz olayına karıştığı iddia edilen görevlileri getirtmeye ve ifade vermeye zorlama yetkisine sahiptir. Aynı yetki tanıklar için de kullanılabilir. Soruşturmayı yapanlar bu amaç için tanıklara ve olaya karıştığı iddia edilen görevlilere celpname gönderme ve ifade vermelerini isteme yetkisine sahiptirler.

11. Yürürlükte bulunan soruşturma usullerinin, uzmanlık veya tarafsızlığın eksikliği nedeniyle veya konunun ciddi ağırlığı sebebiyle veya açık bir yetkiyi kötüye kullanma hali içermesi nedeniyle yetersiz kalması halinde ve mağdurun ailesi tarafından bu yetersizlikler konusunda veya başka önemli gerekçelerle Şikayet edilmesi halinde, Hükümetler soruşturmaları bağımsız bir inceleme komisyonuna veya benzeri bir usule göre yaptırır. Bu komisyon yeleri bireysel olarak tarafsızlıklarını, yeterlilikleri ve bağımsızlıklarını ile tanınmış kişiler olmalarından dolayı seçilir. Komisyon yeleri özellikle de incelemeye tabi olan kurumlar, kuruluşlar veya kişilerden bağımsız olurlar. Komisyon, soruşturma için gerekli her türlü bilgiyi elde etme yetkisine sahip olur ve soruşturmayı bu İlkeler’de ngrldğ biçimde yürütür.

12. Ölen kişinin bedeni bir doktor tarafından ve eğer mümkün ise adli tıp alanında bir patoloji uzmanı tarafından yeterli bir otopsi yapılmadığa gömülmez veya ortadan kaldırılmaz. Otopsiyi yapanlar bütün soruşturma verilerine, bedenin bulunduğu yere ve ölümün meydana geldiği dŐnlen yere erişim hakkına sahiptir. Eğer beden gömüldükten sonra bir soruşturma yapma gereği ortaya çıkmış ise, beden otopsi yapılmak üzere hemen ve bunu yapmaya yetkin mercilerce mezardan çıkarılır. Mezar açıldıktan sonra sadece iskelet kalıntılarınıyla karŐılaŐılmıŐ ise, bu kalıntılar dikkatlice çıkarılır ve kalıntılar üzerinde antropolojik tekniklere uygun olarak sistematik biçimde çalıŐılır.

13. Ölen kişinin bedeni üzerinde otopsi yapacak kişilere kapsamlı ve doğru bir inceleme yapabilmelerine imkan verecek kadar süre tanınır. Yapılan otopsiyle en azından ölüğün kimliği ve ölüm nedeni ile Şekli saptanmaya çalışır. Ölüm zamanı ve yeri de mümkün olduğu ölçüde belirlenmeye çalıŐılır. Soruşturmanın sonuçlarını belgelemek ve desteklemek adına ölüğün ayrıntılı olarak çekilmiş renkli fotoğrafları otopsi raporuna eklenir. Otopsi raporunda işkence delili olan izler de dahil, ölüdeki bütün yaraların tasvir edilmesi zorunludur.

14. Objektif sonuçlara varılmasını sağlamak için otopsi yapanların, potansiyel olarak olaya karıŐıŐmış olabilecek kişi, teŐkilat veya kuruluşlardan bağımsız ve tarafsız Şekilde görev yapabilmeleri zorunludur.

15. Őikayetçiler, tanıklar, soruşturmayı yürütenler ve bu kişilerin aileleri, Őiddete, tehdide veya her türlü baskıya karşı korunur. Yasa dışı, keyfi veya kısa yoldan infazlara karıŐıŐmış olmaları olası olan kişiler, kendilerine Şikayetçilerin, tanıkların, bu kişilerin ailelerinin ve soruşturmayı yürütenlerin üzerinde doğrudan veya dolaylı amirlik veya denetim yetkisi veren tüm görevlerinden alınırlar.

16. Ölenin ailesi ve yasal temsilcileri her duruŐmadan ve soruşturma ile ilgili bütün bilgilerden haberdar edilirler ve bunlara erişimleri ve bu süreçlerde ellerindeki başka kanıtları sunma haklarını kullanmaları sağlanır. Ölenin ailesinin tıp veya başka bir alanda kalifiye bir uzmanı otopside bulundurma hakkı vardır. Ölen kimsenin kimliği tespit edildikten sonra ölüm tutanağı ilan edilir ve ölenin ailesi veya yakınları derhal bilgilendirilir. Soruşturmanın tamamlanması üzerine ölenin bedeni ailesine veya yakınlarına teslim edilir.

17. Bu soruşturmalarda uygulanan yöntem ve varılan sonuçlar hakkında makul bir süre içinde yazılı bir rapor hazırlanır. Rapor hemen kamuya açıklanır ve içeriğinde yapılan araştırmanın kapsamı, usulleri ve delilleri değerlendirirken kullanılan yöntemler ile tespit edilen bulgulara ve geçerli hukuk kurallarına dayanılarak ulaşılan sonuçlar ve tavsiyeler yer alır. Raporda ayrıca, meydana geldiği tespit edilen özgün olaylara ve bu tespitlerin dayanağı olan delillere ayrıntılı olarak yer verilir ve kendilerini korumak amacıyla kimlikleri saklanan tanıklar hariç, ifade vermiş olan tanıkların

adlarının yer aldığı bir liste bulunur. Hükümet makul bir süre içinde ya bu soruşturma raporuna bir karşılık verir ya da bu rapora istinaden bundan sonra atılacak adımları belirtir.

Yargılama

18. Hükümetler egemenlikleri altındaki herhangi bir bölgede yasa dışı, keyfi veya kısa yoldan infazlara iştirak etmiş oldukları soruşturmaya tespit edilen kimselerin adalet önüne çıkarılmalarını sağlar. Hükümetler bu kimseleri ya adalet önüne çıkarır ya da bu kimseleri yargı yetkisini kullanmak isteyen diğer ülkelere teslim ederek işbirliğinde bulunur. Bu ilke, faillerin ve mağdurların kim olduklarına ve nerede olduklarına, bunların uyruklarına veya suçun nerede işlendiğine bakılmaksızın uygulanır.

19. Yukarıda ifade edilen üçüncü ilke saklı kalmak kaydıyla, bir amirin veya bir kamu makamının verdiği emirler yasa dışı, keyfi veya kısa yoldan infazları haklı göstermek için gerekçe olarak ileri sürülemez. Emirleri altındaki görevliler tarafından yapılan bu tür eylemleri önlemek için makul imkanlara sahip oldukları halde bunları önlemeyen amirler, memurlar veya diğer kamu görevlileri de bu eylemlerden ötürü sorumlu tutulurlar. Savaş hali, sıkıyönetim veya herhangi başka bir olağanüstü hal de dahil hiç bir koşul ve şartta yasa dışı, keyfi veya kısa yoldan infazlara iştirak ettiği iddia edilen kimselere genel bir kovuşturma muafiyeti tanınmaz.

20. Yasa dışı, keyfi veya kısa yoldan infaz mağdurlarının aileleri ve bakmakla yükümlü oldukları kimseler, makul bir sürede verilecek adil ve yeterli bir tazminat alma hakkına sahiptirler.

EK 5:

**YASA DIŞI, KEYFİ VE KISA YOLDAN İNFAZLARIN ETKİLİ
ŞEKİLDE ÖNLENMESİ VE SORUŞTURULMASINA DAİR
KURALLAR**

(alıntılar)

**YASA DIŞI, KEYFİ ve KISA YOLDAN İNFAZLARIN HUKUKİ
AÇIDAN SORUŞTURULMASINA İLİŞKİN MODEL PROTOKOL
("MİNNESOTA PROTOKOLÜ")**

A. Giriş

Yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infaz Şüphesi, ulusal veya yerel ceza hukukuna uygun olarak soruşturma yapılması ve ceza yargılamasına başlanması ile sonuçlanabilir. Ancak bazı hallerde, kaynak ve uzmanlık eksikliği veya soruşturmaya yürütmekle görevli kişinin tarafı olması soruşturmanın gerektiği gibi iőlemesini engeller. Böylesi durumlarda cezai takibatın başarılı Şekilde sonuçlanma olasılığı azdır.

Aşağıda ifade edilen yorumlar, soruşturmaya yürütenler ve diğer kişiler için, soruşturmanın yürütülmesine iliőkın uygun olduğu ölçüde ayrıntılı bir rehber niteliğindedir. Bu hususta yönlendirme Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulması Dair İlkeler'de genel anlamıyla yapılmıştır (bkz. ek 1, para. 9-17). Yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infazların hukuki açıdan soruşturulmasına iliőkın bu örnek protokoldeki yol gösterici nitelikteki kurallar ise bağlayıcı nitelik taőımamaktadır. Örnek Protokol daha çok İlkeler'de ortaya konmuőt standartların hayata geçirilmesine yönelik yöntemlere işaret etmeyi amaőtlamaktadır.

Elbette ki, bu Örnek Protokol, hem tanımını gereği hem de yasal ve siyasi sistemlerin çeőtilliliđi nedeniyle, tüm durumları kapsayacak bir uygulama önerme olanağından yoksundur. Ayrıca, soruşturma teknikleri ülkeden ülkeye değişkenlik göstermektedir ve bunların uluslararası düzeyde benimsenecek ilkeler yoluyla standardize edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla İlkeler'in pratikte

uygulanmasını sağlamak üzere ek yorumlar yapılması gerekli olabilmektedir.

Bu örnek Protokolün B ve C bölümleri, yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infaz şüphesi bulunan haller de dahil olmak üzere, şiddet sonucu meydana gelmiş, ani, beklenmeyen veya şüpheli tüm ölüm hallerinin oluşturulmasına ilişkin yol gösterici kurallar içermektedir. Bu yol gösterici kurallar, kanunu uygulamakla görevli kişiler ve bağımsız soruşturma komisyonları üyeleri açısından geçerlidir.

D bölümü, özel bağımsız soruşturma komisyonlarının kurulmasına rehberlik eder. Bu kurallar, keyfi infaz iddialarını soruşturmak üzere bağımsız komisyonlar kurmuş çeşitli devletlerin tecrübelerine dayanmaktadır.

Bir Hükümet bağımsız bir soruşturma komisyonu kurmaya karar verdiğinde göz önünde bulundurulması gereken bazı hususlar vardır. İlk olarak, hakkında soruşturma yapılacak kişiler, soruşturmanın tüm aşamalarında, uluslararası hukukun öngördüğü usuli güvencelerden yararlandırılmalıdır. İkinci olarak, soruşturmayı yürütenlerin, soruşturma sonucunda elde edilecek delilin cezai yargılama sürecinin daha sonraki aşamalarında kullanılabilir nitelikte olmasını sağlamak adına, gerekli teknik ve idari personel desteğine sahip olmasının yanı sıra nesnel ve tarafsız hukuki görüşe erişme imkanının bulunması da gerekmektedir. Üçüncü olarak, soruşturmayı yürütenler, devletin tüm kaynak ve yetkilerinden yararlanabilmelidir. Son olarak, soruşturmayı yürütenler hukuk, tıp ve adli tıp konularında yabancı uzmanlardan da yardım isteme yetkisine sahip olmalıdırlar.

Ölümün gerçekleşme nedenlerine ilişkin iyi bir soruşturmanın temel ilkeleri, İlkeler'in 9 ve 11. Maddelerinde de belirtildiği gibi yetkinlik, titizlik, çabukluk ve soruşturmanın tarafsız biçimde yürütülmesidir. Bunlar, her hukuk sistemine uyarlanabilir nitelikte olan ve yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infaz iddialarına ilişkin tüm soruşturmalara hakim olması gereken unsurlardır.

B. Soruşturmanın amacı

İlkeler'in 9.Maddesinde de belirtildiği üzere, soruşturmanın genel amacı kurbanın Şüpheli biçimde ölümüne neden olan olaylara ilişkin gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Bu amaç doğrultusunda soruşturmayı yürütenler tarafından asgari olarak yapılması gerekenler Şunlardır:

- a. Ölenin kimliğini belirlemek;
- b. Sorumlu(lar) hakkında yapılması olası bir cezai kovuşturmaya yardımcı olabilecek nitelikte, ölümle ilgili tüm delilleri ortaya çıkarmak ve muhafaza etmek;
- c. Olası tanıkları saptamak ve ölüm olayı ile ilgili ifadelerini almak;
- d. Ölümün nedenini, Şeklini, yerini ve zamanını, ölümle sonuçlanan olaylar övüntüsünü ve eylemleri belirlemek;
- e. Doğal ölüm, kaza sonucu ölüm, intihar ve cinayet arasında ayırım yapmak;
- f. Ölüm olayına karışmış kişilerin kimliğini tespit etmek ve yakalamak;
- g. Şüphelileri kanunla kurulmuş, yetkili mahkeme önüne çıkartmak.

C. Soruşturmada uygulanacak usuller

Yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan bir infazda kapsamlı ve tarafsız bir soruşturmanın en önemli boyutlarından biri, delillerin toplanması ve incelenmesidir. Şüpheli bir ölümün meydana geldiği koşulların aydınlatılabilmesi için somut delillerin bulunması, korunması ve olası tanıklarla görüŐülmesi gereklidir.

1. Olay yeri incelemesi

Kolluk güçleri ile soruşturmayı yürütmekle görevli diğer kişiler, olay yerinin incelenmesine ilişkin çalıŐmalarını, tıbbi personelin çalıŐmalarıyla koordineli bir biçimde yürüteceklerdir. Soruşturmayı yürütenlerin bedeninin bulunduğu yer ile ölümün gerçekleşmiş olabileceği yere erişimleri olmalıdır. Ayrıca:

- a. Bedenin bulunduğu alanın çevresi kapatılmalı, sadece soruşturmayı yürütenler ve onlara bağlı olarak çalışanların bu alana girmesine izin verilmelidir;
- b. Ölenin renkli fotoğrafları çekilmelidir; zira bunlar siyah beyaz fotoğraflara kıyasla, ölüm nedenleri ve ölümün gerçekleştiği koşullar hakkında daha fazla detay gösterebilirler;
- c. Olay yerinin (iç ve dış) ve diğer tüm fiziki delillerin fotoğrafları çekilmelidir;
- d. Bedenin pozisyonu ve giysilerin durumu kaydedilmelidir;
- e. Ölüm zamanının belirlenmesinde aşağıdaki faktörlerden yararlanılabilir:
 - i. Vücut sıcaklığı (ılık, serin, soğuk)
 - ii. Ölü lekelerinin yeri ve sabitlenme düzeyi
 - iii. Vücudun katılma düzeyi
 - iv. Dekompozisyon (çürüme) evresi
- f. Olay yerinde kan izleri araştırılmalıdır. Her bir kan, kıl, lif ve iplik örneği toplanmalı ve saklanmalıdır;
- g. Eğer ölenin cinsel saldırıya uğradığına ilişkin izler varsa bunlar kaydedilmelidir;
- h. Çevrede bulunan tüm taşıtlar kayda geçirilmelidir;
- i. Zor kullanıldığına ilişkin tüm işaretlerin, tekerlek veya ayakkabı izleri ya da delil niteliği taşıyan başka izlerin kalıbı alınarak bunlar muhafaza edilmelidir;
- j. Tabancalar, mermi çekirdekleri, kurŐunlar ve kovanlar gibi, kullanılan silaha ilişkin her delil toplanmalı ve muhafaza edilmelidir. Mümkünse, atıŐ artıkları ve metal izleri arama testleri yapılmalıdır;
- k. Tüm parmak izlerinin yerleri belirlenmeli, iz görünür hale getirilmeli, örneği alınmalı ve muhafaza edilmelidir;
- l. Olay yerinin ayrıntılı krokisi çizilmeli, bunda silahların, mobilyaların, taşıtların yerleri, çevre arazi, öğelerin birbirlerine göre

konumları, yükseklik ve genişlikleri, birbiriyle ilişkilerini gösterilmelidir;

m. Olay yerinde bulunan tüm insanların kimliklerinin kaydı, tam isimlerini, adreslerini, telefon numaralarını içerecek biçimde tutulmalıdır;

n. Öleni en son canlı görenler dahil olay yeri tanıklarından bilgi alınmalı, bu bilgiler öleni nerede, ne zaman ve hangi şartlar altında gördüklerini de içermelidir;

o. Tüm ilgili kağıtlar, kayıtlar ve belgeler delil olarak kullanılmak üzere ve el yazısı incelemesi için saklanmalıdır.

2. Delillerin incelenmesi

a. Beden, uygun tanıklar vasıtasıyla ve diğer nesnel yöntemlerle kimliklendirilmelidir.

b. Olay yerine ait ayrıntılı gözlemleri, araştırmacıların yaptıklarını, bulunan delillerin durumunu içeren bir rapor düzenlenmelidir;

c. Tüm delillerin listesinin yapıldığı özel formlar doldurularak tamamlanmalıdır;

d. Deliller usulüne uygun ve dikkatli bir biçimde toplanmalı, muamele edilmeli, paketlenmeli, etiketlenmeli ve bulaşma veya kaybolmayı önleyecek şekilde koruma altına alınmalıdır.

3. Soruşturma hatları

a. Ölümün kaza sonucu değil de, tasarlanarak ve kasti bir fiil sonucunda meydana geldiğine ilişkin delil var mı? Varsa bunlar nelerdir? İşkence yapıldığına dair herhangi bir delil bulunmakta mıdır?

b. Olayda hangi silah ve araçlar, ne şekilde kullanılmıştır?

c. Ölüm olayına karışan kişi sayısı kaçtır?

d. Öldürme sırasında veya bununla ilişkili olarak işlenen başka bir suç daha varsa, bu suçun ayrıntıları nelerdir?

e. Ölüm olayı öncesindeki dönemde, zanlı(lar) ile mağdur arasındaki ilişkinin mahiyeti nedir?

f. Ölen kişi olay öncesinde herhangi bir siyasi, dini, etnik veya sosyal grubun (veya grupların) üyesi midir ve bu durum öldürölmesi için bir sebep teşkil etmiş olabilir mi?

4. Tanık beyanlarının alınması

a. Soruşturmayı yürütenler;

i. Şüpheliler;

ii. Ölenin akraba ve arkadaşları;

iii. Öleni tanıyan kişiler;

iv. Suçun işlendiği yerde oturan veya orada bulunan kimseler,

v. Şüphelileri tanıyan veya onlar hakkında bilgisi olan kimseler,

vi. İnfazdan önceki hafta içinde suçu, olay mahalini, öleni veya şüphelileri görmüş olabilecek kişiler;

vii. Suçun olası nedenlerine ilişkin bilgisi olan kimseler de dahil olmak üzere, suça tanıklık etmiş olabilecek tüm tanıkları saptayarak, bu kişilerle yüz yüze görüşme yapmalıdır;

b. Yüz yüze görüşmeler en kısa zamanda yapılmalı ve yazılı ve/veya sesli olarak kaydedilmelidir. Tüm ses kayıtları yazılı hale getirilir ve muhafaza edilir;

c. Her bir tanıkla tek tek görüşülmeli ve soruşturma öncesinde, sırasında ve sonrasında güvenliklerinin sağlanması için gerektiğinde her türlü tedbirin alınacağıının güvencesi verilmelidir.

D. Soruşturma Komisyonu

Devletin suça karıştığı şüphesinin bulunduğu durumlarda, özel bir soruşturma komisyonu kurulmadıkça, objektif ve tarafsız bir soruşturmanın yürütölmesi mümkün olmayabilir. Soruşturmayı yürüten kişilerin uzmanlığının yetersiz olduğundan kuşkulandığı durumlarda da bir soruşturma komisyonu kurulması gerekebilir. Bu bölüm, hangi hallerin devletin suça iştirak ettiği, taraflı olduğu veya soruşturmayı yürütenlerin yeterli uzmanlığa sahip olmadığı yönünde bir karineye işaret ettiğine ilişkindir. Bu karinelere herhangi birinin varlığı, özel bir soruşturma komisyonunun kurulmasını gerekli kılar. Bu bölüm ayrıca, soruşturma komisyonunun kurulması ve

iŐlemesinde örnek olarak kullanılabilcek usulleri de ortaya koymaktadır. Bu usuller, infazların veya benzeri diğer ağır insan hakkı ihlallerinin soruşturulması sırasında edinilen deneyimler iŐıĐında geliştirilmiştir.

Bir soruşturma komisyonu kurulması, soruşturmanın kapsamının tespit edilmesini, komisyon ye ve çalıŐanlarının tayin edilmesini, yapılacak işlemlerin belirlenmesini, bu işlemler sırasında izlenecek prosedürlerin seğilmesini ve varılan sonuÇların rapor edilmesi ve tavsiyelerde bulunulması ağısından komisyonun yetkilendirilmesini gerektirir. Bu hususların her biri ayrıca iŐlenecektir.

1. Özel bir soruşturma yapılmasını gerektiren durumlar

Devletin infaza iştirak ettiği yönündeki bir kanaati destekleyecek ve özel ve tarafsız bir soruşturma komisyonu kurulmasına neden olacak etmenler arasında Őunlar bulunmalıdır:

- a. AŞağıdaki bir veya birden fazla etmenin varlığı nedeniyle, ölenin siyasi görüŐlerinin, dini veya etnik bağının veya sosyal statüsünün, devletin suÇa karıştığı veya iştirak ettiği Őüphesini doğurması:
 - i. Ölenin son olarak polis nezaretinde veya gözaltında görülmüŐ olması,
 - ii. SuÇun işlenme biÇimi (*modus operandi*) hükümet destekli ölüm mangalarınınkine, onlara atfedilebilecek lĐde benzerlik göstermesi;
 - iii. Kamu görevlilerinin veya onlarla bağlantısı olan kimselerin, infaza ilişkin soruşturmayı engellemeye veya geciktirmeye teşebbüs etmeleri;
 - iv. Soruşturmanın temelini oluşturan fiziksel delil ve tanık beyanlarının eriŐilmez hale gelmesi.
- b. İlkeler'in 11. Fıkrasında da belirtildiği üzere, mutad nitelikte bir soruşturmanın aşağıda sayılan sebeplerden biri dolayısıyla yetersiz kaldığı hallerde, bağımsız bir soruşturma komisyonu veya bu nitelikte başka bir yapı kurulmalıdır:
 - i. Yeterli uzmanlığın olmaması; veya

- ii. Tarafsızlığın söz konusu olmaması; veya
- iii. Olayın önemi; veya
- iv. Yetkinin suiistimal edilmesinin gözle görölür bir süreklilik arz etmesi; veya
- v. Ölenin ailesinin, yukarıda sayılan yetersizliklere veya başka sağlam gerekçelere dayalı Őikayetleri.

2. SoruŐtırma kapsamının tanımlanması

SoruŐtırma komisyonu kuran Devletlerin ve kurumların, komisyonu yetkilendiren görev tanım belgesinde soruŐtırmanın kapsamını tanımlamaları Şarttır. Komisyon tüzüğü yoluyla görev tanımının yapılması, yürütülecek sürece meşruiyet kazandırarak, komisyon üyelerinin soruŐtırmanın kapsamı üzerinde görüş birliği sağlanmasına yardımcı olarak ve komisyonun nihai raporunun değerlendirilmesi için bir ölçüt sunarak komisyonun başarısını büyük ölçüde artırabilir. Görev tanımına ilişkin tüzük hükümleri hususundaki tavsiyeler Şunlardır:

- a. SoruŐtırma sonucunun önceden belirlendiği Őüphesini doğurmamak için görev tanımı hükümlerinin tarafsız bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Tarafsız olmak adına, görev tanımına dair tüzük, yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infazlarda Devletin sorumluluğunun ortaya çıkarılabileceği alanlar söz konusu olduğunda soruŐtırmayı sınırlandırmamalıdır;
- b. Hangi olayların ve konuların soruŐtırulacađı ve komisyonun nihai raporunda ele alınacağı açık ve net olarak ifade edilmelidir;
- c. Çok kısıtlayıcı ya da fazla geniş bir görev tanımının komisyonun etraflı ve ayrıntılı bir soruŐtırma yürütmesini engellememesi adına soruŐtırma kapsamı bir ölçüde esnek tutulmalıdır. Mesela gereken esneklik, komisyona görev tanımına ilişkin tüzüğün hükümlerini gerektiğinde deđiŐtirme izni verilerek elde edilebilir. Ancak komisyonun göreviyle ilgili olarak yaptığı tüm deđiŐikliklerden kamuoyunu haberdar etmesi Şarttır.

3. Komisyonun yetkileri

Genel hatlarıyla ifade edilen ilkeler komisyonun yetkilerini belirler. Ancak daha spesifik olmak adına, böylesi bir Komisyon faaliyet gösterirken aşağıda belirtilen yetkilere ihtiyaç duyacaktır:

- a. Hukuki yaptırımla ifade vermeye zorlama, Devlet kayıtları ve tıbbi kayıtlar da dahil olmak üzere belgelerin sunulmasını emretme ve tanıkları, mağdurun ailesini ve diğer bilgi kaynaklarını koruma yetkisini de kapsayacak şekilde soruşturma için gerekli olan, örneğin ölümün ne sebeple, ne şekilde ve ne zaman gerçekleştiğini saptamaya yönelik tüm bilgileri elde etme yetkisi;
- b. Kamuya açık bir rapor hazırlama yetkisi;
- c. Yeterli bir post mortem (ölüm sonrası) muayene yapılana kadar bedenin gömülmesini ya da başka biçimde imhasını engelleme yetkisi;
- d. Bedenin bulunduğu ve ölümün gerçekleşmiş olabileceği yerler dahil olmak üzere, olay yerine (*in situ*) ziyaretlerde bulunma yetkisi;
- e. Ülke dışında bulunan tanıklardan ve kurumlardan delil elde etme yetkisi.

4. Komisyon üyelerinin nitelikleri

Komisyon üyeleri, tarafsızlıkları, yetkinlikleri ve bağımsızlıkları genel kabul görmüş kişiler arasından seçilmelidir:

Tarafsızlık: Komisyonun güvenilirliğini olumsuz yönde etkileyebileceğinden, komisyon üyeleri infaz veya kaybetme olayına karışmış olması muhtemel herhangi bir kişi, kamu organı, siyasi parti veya örgütle ya da mağdurun bağlantılı olduğu bir örgüt veya grupta yakın ilişki içinde olmamalıdır.

Yetkinlik: Komisyon üyeleri delilleri değerlendirme, inceleme ve sağlam bir muhakemede bulunma yeteneğine sahip olmalıdır. Eğer mümkünse, soruşturma komisyonu üyeleri hukuk, tıp, adli tıp ve ilgili diğer uzmanlık alanlarından kişilerden oluşmalıdır.

Bağımsızlık: Komisyon üyeleri, kendi çevrelerinde dürüstlükleri ve adaletli oluşlarıyla bilinen kişiler olmalıdır.

5. Komisyonun üye sayısı

İlkeler, komisyon üyelerinin sayısına ilişkin bir düzenleme içermemektedir; ancak, soruşturmanın ve komisyonun bulgularının nesnelliliğinin, diğer hususların yanı sıra, komisyonun bir veya iki üye yerine üç veya daha fazla üyesi olmasına dayandığını ifade etmek yersiz olmaz. Yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infazlara ilişkin soruşturmalar, genel olarak tek bir komisyon üyesi tarafından yürütülmemelidir. Tek ve başkalarından yalıtılmış bir komisyon üyesinin yalnız başına yürüteceği soruşturmanın derinliği de sınırlı kalacaktır. Buna ek olarak, tek başına çalışan komisyon üyesi, tartışmalı ve önemli kararları üzerinde hiç tartışmaksızın vermek zorunda kalacak ve devletten ya da diğer dış kaynaklardan gelen baskılara karşı bilhassa savunmasız durumda olacaktır.

6. Komisyona danışmanlık yapacakların seçimi

Soruşturma komisyonlarının tarafsız, uzman hukuk danışmanları olmalıdır. Komisyonun, devletin hukuka aykırı davrandığına ilişkin bir iddiayı soruşturduğu durumlarda, danışmanın Adalet Bakanlığı dışından atanması tavsiye olunur. Komisyon başdanışmanının, örneğin kadroyla pozisyonu güvence altına alınmış bir memur veya tümüyle bağımsız bir Baro mensubu olmak yoluyla siyasi etkilerden arınmış bir şahıs olması gerekir.

7. Uzman danışmanların seçimi

Soruşturmada sık sık uzman danışmanlara gereksinim duyulacaktır. Komisyonun, patoloji, adli bilim ve balistik alanlarını da kapsayacak şekilde teknik uzmanlara erişimi sağlanmalıdır.

8. Soruşturmayı yürüteceklerin seçimi

Tamamıyla tarafsız ve derinlikli bir soruşturma olabilmesi için neredeyse her durumda Komisyon kendisi adına soruşturmayı yürütecek, ipuçlarını takip etmek ve delillere ulaşmakla görevli kişilere ihtiyaç duyacaktır. Soruşturmanın güvenilirliği, komisyonun soruşturmayı kendisi adına yürütecek kişilerle güven içerisinde çalışabildiği ölçüde belirgin biçimde artacaktır.

9. Tanıkların güvenliğinin sağlanması

- a. Devlet Őikayette bulunanları, tanıkları, soruŐturmayı yűrűtenleri ve bunların ailelerini Őiddetten, Őiddet tehdidinden veya korkutup sindirme amađlı herhangi bir eylemden korumakla sorumludur;
- b. Komisyon tanıklara ya da olası tanıklara yűnelik herhangi bir baskı, saldırı, taciz riski veya bu kiŐilerin zarar gűrme ihtimali olduđuna inanmak için makul sebepler bulunduđuna karar verirse:
 - i. Kanıtları gizli oturumda dinleme;
 - ii. Bilgi veren kişinin ya da tanığın kimliğini gizli tutma;
 - iii. Yalnızca tanığın kimliğini ifŐa etme riski yaratmayacak delilleri kullanma;
 - iv. Tűm diđer uygun űnlemleri alma geređi gűrebilir.

10. Yargılama

Genel ceza usulű ilkeleri uyarınca, tanığın gűvenliđi için gizli oturum yapılması gerekmedikçe duruŐmalar kamuya açık Őekilde yapılmalıdır. Gizli duruŐmalar da kayıt altına alınmalı, sűz konusu eriŐime kapalı ve yayınlanmayan kayıt bilinen bir yerde muhafaza edilmelidir.

Kimi zaman kişilerin ifade vermesini teşvik etmek için tam bir gizlilik gerekebilir ve komisyon, tanıkları baş baŐa, gayri resmi biçimde, beyanlarını kaydetmeden dinlemek isteyebilir.

11. Soruşturmanın duyurulması

Bir soruŐturma komisyonunun kurulduđu ve soruŐturmanın konusunun ne olduđu geniŐ biçimde duyurulmalıdır. Duyuru, kamuoyunu komisyona konuyla ilgili bilgi vermeye ve/veya yazılı beyanda bulunmaya da davet etmeli ve tanıklık etmek isteyenler için yol gűsterici bilgileri içermelidir. Sűz konusu duyuru gazeteler, dergiler, broŐűrler ve afiŐler yoluyla yaygınlaŐtırılabilir.

12. Delillerin toplanması

Delil ibraz ettirme yetkisi. İlke 10'da vurgulandığı űzere, soruŐturma komisyonlarının, kiŐileri tanıklık etmeye mecbur kılma ve belgelerin ibraz edilmesini sağlama yetkileri olmalıdır: Bu

bağlamda İlke 10, yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infaza karışmış olduğu iddia edilen "devlet görevlilerini bilgi vermeye zorlama yetkisi"ne de değinmektedir. Pratikte bu yetki, bu talebe uymayan hükümetleri veya kişileri para cezası veya başka cezalara çarptırma yetkisini de içerebilir.

Tanık ifadelerinin kullanılması. Soruşturma komisyonu delil toplamanın ilk adımı olarak, kişileri ifade vermeye ya da yazılı ifade sunmaya davet etmelidir. Kişi eğer ifade vermekten çekiniyorsa, sorgulama işlemleri için gelmesi gereken yere seyahat edemiyorsa veya kişiyle görüşmeye ilişkin herhangi başka bir engel bulunuyorsa, yazılı ifadeler önemli bir delil kaynağı haline gelebilirler.

Diğer yasal işlemlerden edinilen delillerin kullanılması. Soruşturma komisyonu, konuya dair bilgi sağlayabilecek başka yasal işlemleri de gözden geçirmelidir. Örneğin, komisyon bir adli tabip ya da diğer bir hekim tarafından ölüm nedenini saptamak üzere yapılan tahkikat sonucunda ulaşılan bulguları da değerlendirmelidir. Bu tahkikatlar, genellikle ölüm sonrası yapılan incelemelere ve otopsilere dayanır. Komisyonun, tahkikat sonucunda elde edilen bulguları ve bu tahkikata esas teşkil eden otopsi sonuçlarını, bu işlemlerin derinlemesine ve tarafsız bir biçimde yapılıp yapılmadığını tespit etmek üzere incelemesi gerekir. Eğer tahkikat ve otopsi gerektiği gibi yürütölmüşse, adli tabibin bulguları delil olarak gerekli önemin atfedilmesini hak eder.

13. Tarafların hakları

İlke 16'da belirtildiği üzere, ölenin ailesi ve onların hukuki temsilcileri, tüm duruşmalardan ve soruşturmaya ilişkin bilgilerden haberdar edilmeli, duruşmalara girebilmeli, bilgilere erişebilmeli ve delil sunma hakkına sahip olmalıdırlar. Yasal sürecin bir tarafı olarak ölenin ailesinin rolüne yapılan bu vurgu, soruşturma sırasında onların menfaatlerine verilen özel öneme işaret eder. Ancak, diğer tüm tarafların da soruşturmayı yürütenlerce dinlenme fırsatı olmalıdır. İlke 10'da belirtildiği üzere, soruşturmayı yürüten birim, olaya karışmış olduğu iddia edilen görevliler de dahil olmak üzere bütün tanıklara celp gönderme ve delillerin ibrazını talep etme hakkına sahip olmalıdır. Tanıkların soruşturma nedeniyle zarar görme ihtimali varsa; örneğin, ifadeleri sonucu haklarında cezai

işlem uygulanabilecek veya hukuki sorumlulukları doğabilecekse hukuki danışmanlık almalarına izin verilmelidir. Tanıklar, soruşturma kapsamına girmeyen konularda kendileri aleyhine ifade vermeye zorlanamaz.

Komisyonun tanıkları etkin biÇimde sorgulama fırsatı olmalıdır. Soruşturmanın tarafları da komisyona yazılı soru sorma hakkına sahip olmalıdır.

14. Delillerin değerlendirilmesi

Komisyon, elde ettiği tđm bilgileri ve delilleri, bu bilgi ve delillerin konuyla ne derecede ilgili olduğunu, güvenilirliğini ve doğruluğunu saptamak üzere değerlendirmelidir. Sözlü ifadeleri değerlendirmede komisyon tanığın tutumunu ve genel anlamıyla inanılabilirliğini temel almalıdır. Delillerin farklı kaynaklar tarafından onaylanması, bunların delil olarak değerini artırır. Duyuma dayalı delillerin birÇok farklı kaynaktan gelmesi, bu delillerin güvenilirliğini ve dolayısıyla ispat değerini artıracaktır. Komisyon böylesi kulaktan duyma delilleri olgu olarak kabul etmeden önce bunları dikkatli bir biÇimde gözden geŐirip değerlendirmelidir. Çapraz sorguyla sinanmamıŐ ifadelere de temkinli Şekilde yaklaŐılmalıdır. Gizli oturumlarda verilen ve kamuoyuna kapalı kayıtlarda tutulan veya hiÇ kaydedilmemiŐ tanık ifadeleri genellikle çapraz sorguya tabi tutulmadığından bu tđr ifadelere daha az değer atfedilebilir.

15. Komisyon raporu

İlke 17’de belirtildiği üzere, Komisyon makul bir süre içerisinde kamuya aşık bir rapor yayınlamalıdır. Komisyon kararlarında oybirliği sağlanamadıysa, azınlıkta kalan komisyon üyesi/üyeleri Őerhlerini gerekçeleriyle bildirmelidir.

Edinilen tecrübeler iŐıđında soruşturma komisyonu raporlarının en azından Şu bilgileri içermesi gerektiği belirlenmiştir:

- a. Soruşturmanın kapsamı ve komisyonun görev tanımı;
- b. Delilleri değerlendirmede kullanılan usul ve yöntemler;
- c. Kendi güvenlikleri için kimlikleri gizli tutulan ve gizli ifade veren tanıklar hariç, tđm tanıkların listesi;

- d. Tüm oturumların zamanı ve yeri (rapora ek olarak temin edilebilir);
- e. İlgili sosyal, siyasi ve ekonomik koşullar dahil soruşturmanın arka planı;
- f. Meydana gelen olayların her biri ve bunlara dair bulguların dayandığı deliller;
- g. Komisyona yetki veren yasa;
- h. Komisyonun ilgili yasal uyarınca ve bulgulara dayanarak vardığı sonuçlar;
- i. Komisyonun bulgularına dayanarak yaptığı tavsiyeler.

16. Hükümetin yanıtı

Devlet, komisyonun raporuna kamuya açık bir yanıt vermeli ya da rapora istinaden atmayı düşündüğü adımları belirtmelidir.

MODEL OTOPSİ PROTOKOLÜ

A. Giriş

Zorlu veya hassas vakalar, ideal olarak vakaya karışmış olma olasılığı olan herhangi bir siyasi kurum ya da kuruluőa bağlı olmayan, nesnel ve tarafsız Şekilde yaklaőabilecek, deneyimli, donanımlı, iyi eğitilmiş, bir prosektörün (adli tabip / otopsiyi yapan ve yazılı raporu hazırlayan kişi) sorumluluğuunda olmalıdır. Maalesef, çoğu durumda bu ideale ulaőmak mümkün değildir. Önerilen bu model otopsi protokolü, post mortem (ölüm sonrası) adli tıp incelemelerinde eldeki kaynakların elverdiği ölçüde izlenmesi gereken temel basamakların kapsamlı bir listesini içerir. Bu otopsi protokolünün kullanılması, tartışma yaratma ihtimali olan vakaların erken ve nihai çözümünü mümkün kılacak ve Şüpheli ölümlerin araştırılmasında yanıtlanmamıő, kısmen yanıtlanmış ya da az yanıtlanmış soruların sebep olabileceği spekülasyon ve imaları ortadan kaldıracaktır.

Bu model otopsi protokolünün birçok durumda uygulanabilir olması amaçlanmıőtır ve aşağıdaki belirtilen kişiler için kullanıőlı olabilir:

a) Deneyimli adli patologlar, sistematik bir inceleme yapılması ve gözlemciler tarafından sonrasında olumlu ya da olumsuz değerlendirmeler yapılabilmesini sağlamak için bu model otopsi protokolünü kullanabilirler. Söz konusu deneyimli patologların rutin vakalarda post mortem muayeneyi belli açılardan kısaltmaları veya bulguların yazılı anlatımında özet geçmeleri mümkünken tartışmalı olma ihtimali olan vakalarda böylesi kısaltılmıő muayeneler ya da raporlar asla uygun değildir. Hatta bu tür durumlarda önemli detayların unutulmasını veya kaybını önlemek için tam tersine sistematik ve kapsamlı muayene ve raporlar gereklidir;

b) Genel patologlar ve adli patoloji alanında eđitilmemiő ama postmortem otopsi tekniklerine aőına diğer hekimler kendi aliőtılmıő otopsi prosedürlerine ek olarak, bütünüleyici olması açasından bu model otopsi protokolünden yararlanabilirler. Ayrıca, yazılı bilgi deneyim yoluyla edinilen bilginin yerini tutamayacağından, bu protokol onlara hangi durumlarda konsültasyona baőturmaları gerektiğine iliőtkin fikir verebilir;

c) Bir otopsiyi izleme, uygulama veya yeniden gözden geçirmeleri bakımından uzmanlıklarına başvurulana bağımsız danışmanlar (konsültan), bu model otopsi protokolünü ve bu protokolde önerilen asgari kriterleri faaliyet veya görüşlerine dayanak oluşturması açısından kullanabilirler;

d) Hükümet yetkilileri, uluslararası siyasi kurumlar, emniyet teşkilatları, ölenlerin aileleri ya da arkadaşları veya bir ölüm olayından sorumlu tutulan potansiyel sanıkların yasal temsilcileri ölüm sonrası incelemede uygun prosedürlerin belirlenmesi için inceleme işlem başlamadan önce bu model otopsi protokolünden yararlanabilirler;

e) Tarihçiler, gazeteciler, avukatlar, yargıçlar, başka hekimler ve kamu temsilcileri bu otopsi protokolünü yapılmış olan bir otopsiyi ve bulgularını değerlendirmede bir kıstas olarak kullanabilirler;

f) Ölümleri araştırmak için adli tıp sistemi oluşturmaya veya halihazırda var olan adli tıp sistemlerini üst seviyeye taşımaya çalışan hükümet veya kişiler, bu protokolü ideal bir adli tıp sisteminde içerilecek usul ve amaçları temsil eden bir kılavuz olarak kullanabilirler;

Herhangi bir ölümü adli tıp yoluyla incelerken, adli tabip (prosektör) ölenin kimliğini, ölüm zamanı ve yerini, ölüm nedenini ve ölüm şekli veya tarzını (cinayet, intihar, kaza ya da doğal ölüm) belirleyecek veriyi toplamalıdır.

Şüpheli bir ölüm sonrası gerçekleştirilen otopsinin son derece ayrıntılı ve kapsamlı olması yüksek önem taşır. Otopsi sonuçlarının işe yarar olması ve gerektiği şekilde kullanılabilmesi için bulguların kaydı ve belgelendirilmesinin de aynı şekilde kapsamlı ve ayrıntılı biçimde yapılması gerekir (bkz. ek II). Vakada söz konusu olaya dair birbirinden farklı yorumları savunan kişiler araştırmada fark edilen her bir kusuru kendi yararlarına kullanacakları için otopside mümkün olduğunca az eksikliğin ve tutarsızlığın bulunması önemlidir. Eğer otopsi raporu adli tabip, otopsiye sponsor olan kuruluş ya da hükümet birimi, veya böyle bir otopsinin bulgularını ya da sonuçlarını kullanmak isteyen diğer herhangi bir kişi tarafından ağırlığı olan ve şüpheleri ortadan kaldıracak ölçüde kesin bir belge olarak sunulacaksa, şüpheli bir ölüm durumunda

gerçekleştirilen otopsinin birtakım asgari kriterlere uyması gereklidir.

Bu model otopsi protokolü birçok farklı durumda kullanılmak üzere hazırlanmıştır. Otopsi odaları, röntgen teçhizatı veya iyi eğitilmiş personelin varlığı gibi kaynaklar her yerde mevcut değildir. Adli patoloğlar birbirinden son derece farklı siyasi sistemler içerisinde görevlerini yerine getirebilmelidir. Ayrıca sosyal ve dini gelenekler dünya çapında ciddi çeşitlilik gösterir: Bazı bölgelerde otopsi ölüm sonrasında beklenen ve rutin sayılan prosedür iken, bazı başka bölgelerde ise çok aykırı, asla kabul edilemeyecek bir işlem olarak görülmektedir. Bunlardan dolayı bir adli tabip otopsiyi gerçekleştirirken her zaman bu protokoldeki adımların tümünü uygulayamayabilir. Bazı vakalarda bu protokolde belli değişiklikler yapılması kaçınılmaz, hatta tercih edilebilir dahi olabilir. Ancak protokolden herhangi ciddi bir sapma olduğunda bunun tüm gerekçeleriyle birlikte kayda geçirilmesi önerilmektedir

Yeterli düzeyde ve acele edilmeksizin inceleme yapılmasını sağlamak adına bedenin en az 12 saat süreyle adli tabibin elinde bulunması önemlidir. Zaman zaman adli tabipler kendilerine inceleme için verilen süre veya sağlanan koşullar açısından gerçekçi olmayan sınırlamalara veya şartlara tabi tutulurlar. Böylesi koşullar dayatıldığında herhangi bir adli tabip söz konusu şaibeli incelemeyi yapmayı reddedebilmeli ve bu durumu açıklayan bir rapor hazırlamalıdır. Adli tabibin bu koşullarda inceleme yapmayı reddetmesi, herhangi bir inceleme yapmanın gerekmediği veya uygun olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Eğer adli tabip zorlu koşul veya şartlara rağmen incelemeyi yapma kararı verirse, otopsi raporunda karşılaştığı kısıtlamalar ve engeller hakkında bir açıklamaya da yer vermelidir.

B. Önerilen model otopsi protokolü

1. Olay yeri incelemesi

Adli tabip(ler) ve soruşturmanın tıbbi boyutunu yürütenlerin bedenin bulunduğu yere girme hakkı olmalıdır. Bedende herhangi bir değişiklik meydana gelmeden inceleme yapılabilmesini sağlamak için tıbbi personel anında haberdar edilmelidir. Olay yerine giriş reddedilir, bedende bir değişiklik yapıldığı fark edilir

veya gerekli bilgi verilmezse, bu durum adli tabibin raporunda belirtilmelidir.

Soruşturmaya tıbbi açıdan katılanlar ve tıbbi olmayan boyutlarını yürütenler (örn. emniyet teşkilatı) arasında koordinasyonu sağlamak için bir sistem kurulmalıdır. Böylece adli tabibin nasıl haberdar edileceği ve olay yerinden kimin sorumlu olacağı gibi meseleler açıklığa kavuŐturulmalıdır. Belli çeşit kanıtları elde etmek genellikle soruşturmanın tıbbi olmayan boyutlarını yürüten kimselerin iŐidir, fakat olay yerinde bedene erişimi olan tıp uzmanları soruşturma açısından Şu adımları takip etmelidir:

- a) Bedeni hem bulunduğu Şekilde hem yerinden hareket ettirildikten sonraki halinde fotoğraflamalı;
- b) Bedenin pozisyonu ve halini, vücutun sıcaklığı ya da soğukluğu, ölü lekeleri ve katılaŐma derecesine ilişkin bilgileri içerecek biçimde kaydetmeli;
- c) Ölü nün ellerini, örneğin kağıt torba ile örterek korumalı;
- d) Ortamın ısısını not etmeli; ölüm saatinin önem arz ettiği veya tespitinin sorun olduğu vakalarda, tıbbi muayene yapan uzman rektal sıcaklığı da kaydetmeli ve mevcut olan tüm böcekleri adli entomolojik araştırma için toplanmalıdır. Hangi prosedürün uygun olduğu, görünürde ölümden itibaren geçmiş olan sürenin uzunluğuna bağlı olacaktır;
- e) Őüphelilerin tespit edilmesinde faydalı olacağından olay yerini kan izi bulmak bakımından incelemeli;
- f) Olay yerindeki tüm kişileri kayda geçirmeli;
- g) Maktülü en son canlı görmüş olanlar dahil olay yeri tanıklarından onu nerede, ne zaman ve hangi Şartlar altında gördüklerini de içerecek Şekilde bilgi edinmeli ve bedenle temasta bulunmuş olabilecek tüm acil tıp personeli ile görüŐmeli;
- h) Bedenin kim olduğunu ve ilgili diğer bilgileri arkadaş ve akrabalarına sorarak öğrenmeli.
- i) Ölenin doktorundan ve hastane kayıtlarından yararlanarak daha önceki tüm ameliyatlarını, alkol ya da uyuŐturucu

kullanıp kullanmadığını, herhangi bir intihar girişimi olup olmadığını ve alışkanlıklarını da içerecek biçimde tıbbi öyküsünü elde etmeli;

- j) Bedeni ceset torbası ya da benzerinin içine yerleştirmeli, beden içinden çıkarıldıktan sonra da torbayı saklamalı;
- k) Bedeni güvenli ve soğutulmuş bir mekanda muhafaza ederek bedenin ve bedendeki delillerin değişerek bozulmasını önlemeli;
- l) Mermilerin, ateşli silahların, bıçakların ve diğer silahların bunlardan sorumlu tıbbi personel tarafından incelenmek üzere için hazır edilmesi için gerekeni yapmalı;
- m) Eğer maktül ölmeden önce hastaneye yatırılmış ise hasta yatış kayıtlarını, kan örneklerini, filmlerini elde edip hastane kayıtlarını inceleyerek özetlemeli;
- n) Otopsiye başlamadan önce, söz konusu ülkede veya bölgede yaygın olan işkence veya şiddet biçimleri hakkında bilgi edinmelidir.

2. Otopsi

Otopsi sırasında aşağıdaki protokol sırasıyla uygulanmalıdır:

- a) Tarih, başlama ve bitiş zamanı ve otopsi yeri kaydedilmelidir (karmaşık bir otopsi tüm bir iş günü boyunca dahi sürebilir);
- b) Otopsiye katılan adli tabip(ler)in, yardımcı(lar)ının ve otopsi sırasında mevcut bulunan herkesin isimleri, tıbbi ve/veya bilimsel ünvanlarını ve her birinin mesleki, siyasi ve idari bağlantılarını da içerecek şekilde kaydedilmelidir. Her bir kimsenin otopsideki rolü belirtilmeli, bu kişilerden birisi de otopsiyi yönetecek yetkiye sahip baş adli tabip olarak atanmalıdır. Gözlemciler ve diğer ekip üyeleri baş adli tabip tarafından yönlendirilmeli ve baş adli tabibe müdahale etmemelidirler. Otopsi sırasında mevcut bulunan kişilerin orada bulunma zaman(lar)ı belirtilmelidir. Bu amaçla bir imza cetvelinin kullanılması önerilir;
- c) İyi çekilmiş fotoğraflar otopsi bulgularının tam olarak belgelendirilmesi açısından kritik öneme sahiptir:

- i. Fotoğraflar renkli olmalı (saydam ya da negatif) netlik ayarı iyi olmalı, yeterli derecede aydınlatılmış olmalı ve profesyonel veya kaliteli bir fotoğraf makinasıyla çekilmelidir. Fotoğrafların tamamında cetvel şeklinde bir referans ölçeği, vaka ismi veya numarası ve referans olması açısından renk skalası bulunmalıdır. Otopsi raporuna fotoğraf makinasının merceğin f-sayısı ve odak uzunluğunu da içeren bir tarifi, kullanılan film ve ışıklandırma sistemi hakkında bilgi de dahil edilmelidir. Eğer birden fazla fotoğraf makinası kullanılırsa herbirinin teknik bilgisi rapora kaydedilmelidir. Birden fazla fotoğraf makinesinin kullanıldığı durumlarda her bir fotoğrafta bunun hangi makinayla çekildiğine dair bilgi de yer almalıdır. Ayrıca fotoğrafı çeken kişinin kimlik bilgileri de kayda geçirilmelidir;
 - ii. Dış muayene süreci seri fotoğraflarla kaydedilerek rapora dahil edilmelidir. Beden elbiseleri çıkarılmadan önce, elbiseler çıkarıldıktan, temizlendikten veya yıkandıktan ve traş edildikten sonra fotoğraflanmalıdır;
 - iii. Tüm yakın çekim fotoğraflar, kime ait olduklarının anlaşılması ve konumlandırılabilmeleri için uzak ve/veya orta mesafeden fotoğraflarla desteklenmelidir;
 - iv. Fotoğraflar ayrıntılı ve kapsamlı olmalı, otopsi raporunda bahsedilen tüm yara veya hastalıkların görünen izlerinin varlığı bunlar vasıtasıyla teyit edilmelidir;
 - v. Kişiye özgü yüz özellikleri (vücut yıkandıktan ya da temizlendikten sonra) ön cepheden, sağ ve sol profilden saçlar normal halindeyken ve gerekirse kulakları görünür kılmak için saçlar geri atılarak portre halinde fotoğraflanmalıdır;
- d) Ceset torbasından ya da sargılarından çıkarılmadan önce bedenin röntgeni çekilmelidir. Beden elbiselerinden arındırılmadan önce ve sonra röntgen çekimi tekrarlanmalıdır. Ayrıca floroskopi de uygulanabilir. Tüm röntgen filmleri fotoğraflanmalıdır;

- i. Başka yollarla kimlik tespiti yapılmış olsa bile dental röntgen çekilmeli;
 - ii. İskelet sistemi yaralanmaları röntgen vasıtasıyla kaydedilmelidir. İskelet sistemi röntgenleri ayrıca anatomik bozuklukların ve geçmiş cerrahi işlemlerin görüntülenmesini de sağlayabilir. Özellikle el ve ayak parmakları ile el ve ayaktaki diğer kemiklerdeki çatlaklara dikkat edilmelidir. İskelet sistemi röntgenleri kişiye özgü özelliklerin saptanmasını, yaş ve boy tahmini yapılmasını, ve cinsiyet ile ırkın belirlenmesini sağlayarak kimlik tespitine yardımcı olabilir. Kimlik tespitinde özellikle işlevsel olabilmelerinden ötürü frontal sinüs filmleri de çekilmelidir;
 - iii. Ateşli silah yaralanması vakalarında mermi çekirdeğinin yerini saptamak için röntgen çekilmelidir. Filmlerde saptanan her bir mermi çekirdeği ya da büyük mermi çekirdeği parçası çıkarılıp fotoğraflanmalı ve muhafaza edilmelidir. Kalp pili, protez eklemler, protez kalp kapakcıkları, bıçak parçacıkları gibi diğer radyoopak cisimler de röntgen filmiyle dökümante edilmeli ve çıkarılmalı, çıkarıldıktan sonra fotoğraflanmalı ve saklanmalıdır;
 - iv. Yaş tayini ve gelişim evresinin saptanmasındaki işlevleri dolayısıyla çocuklarda iskelet filmlerin çekilmesi bilhassa gereklidir;
- e) Elbiseler çıkarılmadan önce vucut ve elbiseler incelenmelidir. Beden önce elbiseleri ile fotoğraflanmalıdır. Bulunan her bir ziynet eşyası kaydedilmelidir;
 - f) Elbiseler temiz bir örtü üzerinde ya da ceset torbası üzerinde dikkatli bir biçimde çıkarılmalıdır. Eğer elbiseler kanlı ya da ıslak ise kurumaya bırakılmalıdır. Çıkarılan elbiseler tarif edilmeli ve kalıcı bir biçimde etkilenmelidir. Elbiseler delil olarak yararlı ya da kimlik tespitinde faydalı olabileceğinden ya sorumlu bir kişiye emanet edilmeli ya da elde tutulmalıdır;

- g) DıŐsal travma olgularının araŐtırılmasına odaklı dış muayene birçok vakada otopsinin en önemli kısmını oluşturur;
- i. Tüm yüzey – beden alanının %100’ fotoğraflanmalıdır. Bunu yaparken kaliteli, netlik ayarı tam, renkli ve yeterli derecede ıŐıklandırılmıŐ fotoğraflar çekilmelidir;
 - ii. Kimliği tespit etmede için kullanılan yol ve yöntemler tarif edilip kayda geçirilmelidir. Beden incelenerek ölenin görünürdeki yaşı, boyu, ağırlığı, cinsiyeti, sa şekli ve uzunluğu, beslenme durumu, kas gelişim düzeyi, cilt, göz ve kıllarının (baş, yüz ve vücuttaki) rengi kaydedilmelidir;
 - iii. Çocuklarda baŐın çevresi, tepe-oturma uzunluğu ve tepe topuk uzunluğu da ölçülmelidir;
 - iv. l katılığı ve l lekelerinin derecesi, yerleri ve sabitleme düzeyi kaydedilmelidir;
 - v. Bedenin sıcaklığını ya da soğukluğu ve ne ölçüde korunmuŐ olduğu not edilmelidir. Cildin paŐsomenleŐmesi ve kaybı gibi çürümeye bağlı her bir deĐiŐim kaydedilmelidir. Vucudun genel durumu değerlendirilmeli, ölüm yeri veya zamanına dair ipucu teşkil edebilecek adiposir oluŐumu, kurtukların veya yumurtaların varlığı gibi olguların tümü kayda geçirilmelidir;
 - vi. Her bir yarayla ilgili olarak boyutu, şekli, paterni, yeri (belirgin anatomik noktalara nispetle), rengi, yn, derinliği ve yapısı kayda geçirilmelidir. Tedavi sürecinde oluşan yaralarla tıbbi tedaviyle ilişkisi olmayan yaralar birbirlerinden ayırt edilmeye alıŐmalldır. Mermi yaraları tarif edilirken is, barut yanığı ya da vurma halkasının olup olmadığını kaydedilmelidir. EĞer atıŐ artıkları mevcutsa bunlar fotoğrafla belgelendirilmeli ve inceleme için muhafaza edilmelidir. Ateşli silah yarasının giriş veya çıkıŐ yarası olup olmadığı saptanmaya alıŐmalldır. EĞer giriş yarası mevcut ve çıkıŐ yarası bulunamıyorsa mermi çekirdeği bulunup muhafaza edilmeli veya nerede olduğu izah edilmelidir. Mermi

trajesi eksize edilip buralardan mikroskopik inceleme için doku örnekleri alınmalıdır. Bıçak yaralarının kenarları, bıçağın boyutları ve özelliklerini saptayabilmek için bantlanmalıdır;

- vii. Üzerinde otopsi kayıt numarası olan bir cetvel yaraya paralel ya da dikey olarak yanıştırılarak her bir yaranın ikişer adet renkli foroğrafi çekilmelidir. Gerektiğinde bir yarayı daha net görebilmek ve gösterebilmek adına bölgedeki kıllar traş edilmeli ve traşlamadan önce ve sonra yaranın fotoğrafları çekilmelidir. Yara bölgesinden alınan tüm kıllar muhafaza edilmelidir. Herhangi bir yara bölgesi yıkanmadan önce ve sonra yaranın fotoğrafları çekilmelidir. Yıkama işlemi ancak bedende saldırgana ait olabilecek herhangi bir madde veya kan varsa alınıp muhafaza edildikten sonra yapılmalıdır;
- viii. Cilt incelemesi yapılmalıdır. Her bir nedbe dokusu, keloid, dövme, belirgin ben, pigmentasyonun artmış ya da azalmış olduğu bölgeler, doğum izleri gibi ayırt edici özelliğı olan her şey kaydedilmeli ve fotoğraflanmalıdır. Her bir bere kaydedilmeli ve yayılımını belirlemek adına insize edilmeli; yani kesilmelidir. Bunlar mikroskopik inceleme için eksize edilmelidir. Baş ve genital bölge özel dikkatle kontrol edilmelidir. Herhangi bir enjeksiyon izi ya da delici alet yarası varsa kaydedilmeli ve toksikolojik değerlendirme için eksize edilmelidir. Her bir sıyrık kaydedilip eksize edilmelidir, zira söz konusu sıyrıkların mikroskopik kesitleri yaralama zamanını belirlemede faydalı olabilir. Her bir ısırık izi kaydedilmelidir; bu izler, ağzın diş yapısının belirlenmesi için fotoğraflanmalı, tükürük testi için de (vücut yıkanmadan önce) sürüntü alınmalı ve mikroskopik inceleme için eksize edilmelidir. Ayrıca diş izleri mümkünse bir adli odontolog tarafından da incelenmelidir. Her bir yanık izi kaydedilmeli ve yanığın sebebi (yanmış plastik, sigara, elektrik, pürmüz lambası, kaynak aleti, asit, kaynar yağ, vs.) saptanmaya çalışılmalıdır. Mikroskopik olarak elektrik yanıklarıyla ısı sonucu oluşan yanıkların ayırt edilmesi

- mümkün olabileceği için şüphelenilen her bir noktadan mikroskopik inceleme için parça alınmalıdır;
- ix. Çıkarılan her bir yabancı cisim, hangi yarayla bağlantılı olduğu da ifade edilerek tanımlanmalı ve etiketlenmelidir. Mermi çekirdeklerinin hiçbirinin kenarları ya da uç kısmı zedelenmemelidir. Her bir mermi çekirdeği ve büyük mermi çekirdeği parçası tanımlayıcı etiketiyle birlikte fotoğraflanmalı, daha sonra da delil teslim zincirini (adli emanet zinciri) sürdürmek adına her biri mühürlü, zedelenmeyi engelleyici fonksiyona sahip, etiketlenmiş kaplara yerleştirilmelidir;
- x. *Subclavian* veya *femoral* damardan en az 50 cc kan örneği alınmalıdır;
- xi. Baş ve kafa derisinin dışarıdan görünen kısmı incelenmeli, bu sırada yaranın saçlar tarafından gizlenebileceği akılda tutulmalıdır. Gerektiğinde saç traşlanmalıdır. Ölüm öncesi sıhhi olmayan koşulların belirteci olabilecek bit ve pirelerin varlığı kontrol edilmelidir. Tüm alopesik durumlar beslenme bozukluğu, ağır metaller (örneğin talyum vb.), ilaçlar veya çekmeden kaynaklı olabilecekleri için kayıt altına alınmalıdır. Saçlar birtakım zehir ve ilaçları saptamak için kullanılabileceğinden 20 saç teli örnek olarak kesmek değil çekmek suretiyle alınmalı ve saklanmalıdır;
- xii. Dişler incelenmeli ve durumları not edilmelidir. Eksik, sallanan ya da hasar görmüş tüm dişler kaydedilmeli ve her bir diş saptamak adına bir dental tanımlama sistemi kullanılarak dişlerde yapılan tüm işlemler (onarım, dolgu, vb.) kayda geçirilmelidir. Diş etleri periodontal hastalıklar yönünden kontrol edilmelidir. Eğer takma diş varsa fotoğrafı çekilmeli ve ölenin kimliği bilinmiyorsa muhafaza edilmelidir. Gerektiğinde kimliklendirme için maksilla ve mandibula çıkarılmalıdır. Ağız içi kontrol edilerek her bir travma izi, enjeksiyon bölgesi, iğne izleri veya dudak, yanak, dil ısırıkları not edilmelidir. Ağız içindeki her bir parçacık ya da madde kaydedilmelidir.

Cinsel saldırı Şüphesinin olduğu durumlarda ağız sıvısı muhafaza edilmeli veya sperm ve asid fostataz incelemesi için sũrũntũ alınmalıdır. (Sperm belirleme çalışmalarında en iyi örnekler diş-diŐeti birleŐme noktasından alınan sũrũntũler ve diş aralarından örneklerdir). Ayrıca seminal sıvı tiplemesi için ağız boŐluđundan da sũrũntũ alınmalıdır. Sũrũntũ mũmkũnse serin hava akımına maruz bırakılarak kurutulmalı ve temiz, dũz kağıt zarflar içinde muhafaza edilmelidir. Eğer lũ sertliği nedeniyle yeterli bir muayene yapılamaz ise daha iyi grũŐ imkanı sağlayabilmek adına maseter kaslar kesilebilir;

- xiii. Yũz incelenmeli ve siyanotik ise veya peteşi mevcutsa not edilmelidir;
- i) Gözler incelenmeli ve her bir göz kũresinin konjonktivası ve gözkapaklarına bakılmalıdır. Alt ve ũst gzkapaklarında peteşi varsa kaydedilmelidir. Sklerada sarılık varsa not edilmelidir. Kontak lens varsa alınıp muhafaza edilmelidir. Her bir gözden en az 1 ml. göziçi sıvısı alınmalıdır;
- ii) Burun ve kulaklar incelenmeli, herhangi bir travma izi, kanama, veya anormallik varsa kaydedilmelidir. Timpanik membranlar incelenmelidir;
- xiv. Boyun dışarıdan tũm açılardan incelenmeli ve herhangi bir ekimoz, sıyrık ya da peteşi varsa kaydedilmelidir. Yara özelliği elle boğma, bağ kullanarak boğma ve asarak boğmanın ayırt edilebilmesi için tarif edilmeli ve belgelendirilmelidir. Boyun otopsi sonunda bu bölgedeki kan boŐalmıŐ ve dokular kuruyken incelenmelidir;
- xv. Tũm ekstremite yũzeyleri; kollar, nkollar, bilekler, eller, bacaklar ve ayaklar incelenmeli ve tũm savunma kaynaklı yaralar kaydedilmelidir. Her bir yara tarif edilmeli ve disseke edilmelidir. Kelepelenme ya da askıyı akla getirebilecek el ve ayak bileklerine yakın her bir berelenme kayda geçirilmelidir. Parmakların medial

ve lateral yüzeyleri, önkolların ön tarafları ve dizlerin arkalarında bere olup olmadığı kontrol edilmelidir;

- xvi. Kırılmış ya da eksik olan her bir tırnak kaydedilmelidir. Ellerdeki her barut artığı kayda geçirilmeli, fotoğrafı çekilmeli ve inceleme için muhafaza edilmelidir. Tüm vakalarda parmak izi alınmalıdır. Eğer ölenin kimliği bilinmiyor ve parmak izi alınamıyorsa, mevcut olduğunda eldeki cilt eldiven şeklinde çıkarılmalıdır. Başka şekilde parmak izi elde edilemiyorsa parmaklar muhafaza edilmelidir. Kesilmiş el tırnak parçaları ve tırnak altı doku (döküntü) muhafaza edilmelidir. El ve ayak tırnaklarının yatakları, tırnak altlarına herhangi bir cisim sokulmasına ilişkin delil olup olmadığı açısından incelenmelidir. Tırnaklar lateral kenar ve proksimal tabanın diseksiyonu ile çıkartılabilir ve bundan sonra tırnak altı incelenebilir. Eğer bu işlem yapılırsa tırnaklar çıkartılmadan önce ve sonra fotoğrafları çekilmelidir. Ayak tabanları dikkatlice incelenmeli ve dayakla ilişkili her bir iz not edilmelidir. Her bir yaranın boyutlarını ortaya çıkarabilmek için ayak tabanları insize edilmelidir. El ayaları ve dizler cam kırıkları veya laserasyonlar açısından incelenmelidir;
- xvii. Genital bölge dış incelemeğe tabi tutulmalı, yabancı cisim veya meni varsa kayda geçirilmelidir. Abrazyon ve kontüzyonların boyutu, yeri ve sayısı not edilmelidir. Uyluğun iç kısmı veya perianal (anüs çevresi) bölgedeki tüm yaralanmalar kaydedilmelidir. Anüs çevresindeki yanıklara özellikle dikkat edilmelidir;
- xviii. Cinsel saldırı şüphesi olan vakalarda ilgisi olabilecek tüm vucut delikleri incelenmelidir. Vajina duvarlarını incelemek için spekulum kullanılmalıdır. Pubik kıllar tarakla taranarak yabancı kıllar toplanmalıdır. Ölene ait pubik kıllardan en az 20 adet kökleriyle birlikte çekilerek çıkartılmalı ve muhafaza edilmelidir. Asit fosfataz, kan grubu ve sperm incelemesi için vajina ve/veya diğer deliklerden sıvı aspire edilmelidir. Aynı bölgelerden seminal sıvı toplaması için sürüntü alınmalıdır. Sürüntü

mümkünse ılık hava akımına maruz bırakılarak kurutulmalı ve temiz, düz kağıt zarflar içinde muhafaza edilmelidir;

- xix. Sırt, kalça, el ve ayak bileklerini de içerecek biçimde kollar ve bacaklar boydan boya sistematik olarak insize edilmeli (kesilmeli) derinde oluşan yaralanmalar araştırılmalıdır. Omuzlar, dirsekler, kalça ve diz eklemleri de ligamantöz yaralanmaların araştırılması için insize edilmelidir;
- h) Travmanın içerideki izlerinin saptanması için yapılan iç muayene, dış muayeneyi berraklaştırıcı ve güçlendirici olmalıdır;
- i. İç muayene sistematik bir biçimde yapılmalıdır. Muayene ya vücut bölgelerine ya da kardiyovasküler, solunum, safra, gastrointestinal, retiküloendotelial, genitoüriner, endokrin, kas-iskelet ve merkezi sinir sistemini içerecek biçimde vücut sistemlerine göre gerçekleştirilmelidir. Her bir organın ağırlığı, boyu, şekli, rengi ve kıvamı kaydedilmeli ve tüm neoplazi, enflamasyon, anomali, hemoraji, iskemi, enfarktüs, cerrahi müdahale izleri veya yaralar not edilmelidir. Mikroskopik inceleme için her bir organın normal ve anormal bölgelerinden kesit alınmalıdır. Kırık kemik olduğunda, kırığın yaşının radyolojik ve mikroskopik olarak tayin edebilebilmesi için her bir kırık kemikten örnek alınmalıdır;
- ii. Göğüs bölgesi incelenmelidir. Memelerdeki her bir anormallik not edilmelidir. Her bir kaburga kırığı, kardiyopulmoner resüsitasyon teşebbüsüne dair olup olmadığı da not edilerek kaydedilmelidir. Göğüs açılmadan pnomotoraks olup olmadığı kontrol edilmelidir. Cilt altı yağ tabakasının kalınlığı kaydedilmelidir. Göğüs açıldıktan hemen sonra plevral boşluklar incelenmeli ve perikard torbasında herhangi bir kan veya başka sıvı olup olmadığı, olduğu durumda ise bunun miktarı belirlenmelidir. Herhangi bir sıvı saptandığında, bu, tüm yabancı cisimlere ne olduğu izah

edilene dek muhafaza edilmelidir. Sağ atrium ve sağ ventrikülde köpüklü kanın varlığıyla karakterize edilen hava embolisi görülürse not edilmelidir. Organlar çıkarılmadan önce her bir yara trajesi saptanmalıdır. Eğer diğer bölgelerden kan alınamıyorsa doğrudan kalpten örnek kan alınmalıdır. Kalp, koroner arter hastalıkları veya diğer anormalliklerin yeri ve derecesi kaydedilerek incelenmelidir. Akciğerler incelenmeli ve tüm anormallikler not edilmelidir;

- iii. Karın incelenmeli ve ciltaltı yağ dokusunun miktarı kaydedilmelidir. 50 g yağ dokusu toksikolojik inceleme için muhafaza edilmelidir. Organların birbiriyle ilişkisi not edilmelidir. Organlar çıkarılmadan tüm yara trajeleri belirlenmelidir. Periton boşluğundaki tüm sıvı veya kan not edilmeli ve tüm yabancı cisimlere ne olduğu izah edilene dek muhafaza edilmelidir. Tüm idrar ve safra toksikolojik inceleme için muhafaza edilmelidir;
- iv. Karaciğer, dalak, pankreas, böbrekler ve adrenal bezler çıkarılmalı, incelenmeli ve bunlara ilişkin tüm niceliksel bilgiler kaydedilmelidir. Karaciğerin ve her bir böbreğin en az 150 gramı toksikolojik inceleme için muhafaza edilmelidir. Gastrointestinal sistem çıkartılmalı ve içeriğini incelenmelidir. Var olan tüm gıdalar ve hazmedilme dereceleri kaydedilmelidir. Mide içeriği muhafaza edilmelidir. Daha detaylı bir toksikolojik inceleme arzu edilirse gastrointestinal sistemin diğer bölgelerinin içerikleri de muhafaza edilebilir. Rektum ve anüs yanıklar, laserasyonlar ve diğer yaralar açısından incelenmelidir. Her bir yabancı cismin yeri saptanmalı ve bunlar muhafaza edilmelidir. Aort, vena kava inferiyor ve iliak damarlar incelenmelidir;
- v. Pelvisteki organlar; ovaryumlar, fallop tüpleri, uterus (rahim), vajina, testisler, prostat bezi, seminal bezler, uretra ve idrar torbası da dahil olacak şekilde incelenmelidir. Organlar çıkarılmadan önce her bir yaranın trajesi saptanmalıdır. Bu organlar çıkarılırken ek hasar oluşturmamak için çok dikkatli davranılmalıdır.

Daha önceki ya da halen mevcut olan gebelik, düşük veya doğuma ait her bir iz not edilmelidir. Serviks, uterus, vajina, uretra veya rektumda bulunan her bir yabancı cisim muhafaza edilmelidir;

- vi. Baş elle muayene edilmeli ve kafa derisinin iç ve dış yüzeyleri incelenmelidir. Bu sırada her bir travma veya hemoraji not edilmelidir. Ayrıca tüm kafatası kırıkları da not edilmelidir. Kafa kubbesi dikkatli bir biçimde çıkartılıp her bir epidural ve subdural kanama not edilmelidir. Var olan tüm bu hematomların ölçüsü (miktarı) belirlenmeli, tarihi kaydedilmeli ve muhafaza edilmelidir. Dura çıkartılarak kafatasının iç yüzü kırıklar açısından incelenmelidir. Beyin çıkarılmalı ve var olan her bir anormallik kaydedilmelidir. Var olan tüm hasarlar disseke edilip tarif edilmelidir. Serebral kortikal atrofinin varlığına – lokal veya genel – özellikle dikkat edilmeli ve varsa yorumlanmalıdır;
- vii. Serebral damarlar değerlendirilmelidir. Toksikolojik inceleme için serebral dokudan en az 150 g muhafaza edilmelidir. Eğer gerekirse inceleme öncesi beyin fiksatif solüsyon içerisinde bekletilmelidir;
- viii. Kalp ve beyin çıkartıldıktan, boyun damarları boşaltıldıktan sonra boyun incelenmelidir. Hiyoid kemiğinin kırılmamasına dikkat edilerek boyun organları çıkartılmalıdır. Her bir yara disseke edilmeli ve tarif edilmelidir. Larinks mukozası, priform sinusler ve yemek borusu kontrol edilmeli ve korozif maddeler tarafından oluşturulmuş her bir peteşi, ödem veya yanık not edilmelidir. Bu yapıların lümeni içerisindeki her bir parçacık ya da madde not edilmelidir. Tiroid bezi incelenmelidir. Rahatça tanımlanabilen paratiroid bezleri ayrıştırılıp incelenmelidir;
- ix. Her bir hemoraji not edilerek boyun kasları disseke edilmelidir. Dil de dahil olmak üzere tüm organlar çıkartılmalıdır. Kaslar disseke edilerek kemiklerden ayrılmalı ve hiyoid kemik, tiroid veya krikoid kırıkdağıdaki tüm kırık ve çatlaklar not edilmelidir;

- x. Boyun, göğüs ve bel omurları incelenmelidir. Omurları ön cepheden incelenmeli ve her bir kırık, çıkık, kompresyon veya hemoraji not edilmelidir. Omur gövdeleri incelenmelidir. Eğer ek toksikolojik inceleme istenmişse serebrospinal sıvı inceleme amacıyla alınabilir;
- xi. Omurga yaralanmasından şüphelenilen durumlarda, omurilik disseke edilmeli ve durumu tarif edilmelidir. Boyun omurgası ön cepheden incelenmeli ve paravertebral kaslarda herhangi bir kanama varsa not edilmelidir. Yüksek servikal yaralanmaları değerlendirmede arkadan yaklaşım en iyi yöntemdir. Omurga kanalı açılmalı ve omurilik dışarı çıkartılmalıdır. Her yarım santimetrede bir transvers kesitler yapılmalı ve tüm anormal durumlar kaydedilmelidir;
- i) Otopsi tamamlandıktan sonra hangi örneklerin alındığı kayda geçirilmelidir. Tüm örnekler, ölenin adı, otopsi kayıt numarası, örneğin alınma tarihi ve saati, adli tabibin adı ve içeriğinde ne bulunduğu yazılı olduğu etiketlerle etiketlenmelidir. Tüm deliller dikkatli biçimde muhafaza edilmeli ve delil zincirinin kaydı uygun evrakın düzenlenmesi suretiyle tutulmalıdır;
- i. Uygun toksikolojik incelemeler yapılmalı ve test edilen numuneler tekrar test yapılmasını engellemeyecek şekilde muhafaza edilmelidir;
 - a. Dokular: 150şer g karaciğer ve böbrek rutin olarak saklanmalıdır. İlaç, zehir veya diğer toksik maddelerin kullanılmış olduğundan şüphelenilen durumlarda beyin, saç ve yağ dokusu da ek incelemeler için saklanabilir;
 - b. Sıvılar: Mümkünse 50 cc kan (tüplerin bir kısmı ya da tamamı santrifüj edilerek serum muhafaza edilmelidir), alınabilen idrarın tamamı, vitröz (gözdeki) sıvı ve mide içeriği rutin olarak alınıp saklanmalıdır. İlaç, zehir veya diğer toksik maddelerin kullanılmış olduğundan şüphelenilen durumlarda safra, aynı

- bölgedeki gastrointestinal traktın içeriği ve serebrospinal sıvı alınıp muhafaza edilmelidir. Cinsel saldırı olduğundan şüphelenilen durumlarda oral, vajinal ve rektal sıvı da alınıp muhafaza edilmelidir;
- ii. Normal ve anormal doku örneği teşkil edecek tüm bölgeler dahil, başlıca organların temsil edici numuneleri histolojik işlem den geçirilmeli, hematoksilen ve eozin ile (ve gerektiği takdirde diğer boyalarla) boyanmalı; cam plakalar, doku örnekleri ve parafin bloklar süresiz olarak saklanmalıdır;
- iii. Muhafaza edilmesi gereken deliller arasında:
- a. Mermi çekirdekleri, mermi çekirdeği parçaları, sağma taneleri, bıçaklar, iplikler dahil tüm yabancı cisimler – mermi çekirdekleri balistik incelemeden geçirilmelidir;
- b. Ölen tarafından kullanılan ya da ölüm anında ölenin üzerinde bulunan tüm giysiler ve şahsi eşyalar;
- c. Tırnaklar ve tırnak altı kazıntıları;
- d. Kıllar ve cinsel saldırı şüphesi olduğunda yabancılara ait kıllar ile pubik bölge kılları;
- e. Ve ölüm yeri veya bedende keşfedilmeden önceki yeri tartışma konusu olduğunda saçlar bulunmaktadır.
- j) Otopside n sonra muhafaza edilmeyen tüm organlar vücudun içine geri yerleştirilmeli, vücut ileride istendiğinde ikinci bir otopsiye imkan verecek şekilde tahnit edilmelidir;
- k) Yazılı otopsi raporu, protokolde kalın harflerle vurgulanmış noktaları özellikle ele almalıdır. Otopsi raporunun sonunda bulguların özeti ve ölüm nedeni yazılmalıdır. Bu, adli tabibin varlığını dış travma, tedavi girişimleri, postmortem değişiklikler veya başka nedenlere bağladığı tüm hasarlara ilişkin yorumlarını da içermelidir. İlgili yetkili kurumlara ve ölenin ailesine tam bir rapor sunulmalıdır.

MEZAR AÇMA VE İSKELET KALINTILARININ İNCELENMESİ İÇİN MODEL PROTOKOL

A. Giriş

Mezar açma ve iskelet kalıntılarının incelenmesi için önerilen bu model protokol bir adli tıp incelemesinin temel adımlarının kapsamlı bir listesini içermektedir. Bir antropolojik araştırmanın amaçları, kısa süre önce ölmüş bir kişinin adli tıbbi incelemesinin amaçlarıyla aynıdır. Antropolog ölenin kimliğini, ölüm zamanı ve yerini, ölüm nedenini, ölüm şeklini veya tarzını (cinayet, intihar, kaza veya doğal ölüm) saptamaya yarayacak bilgileri toplmalıdır. Ancak antropologun yaklaşımı incelenecek materyalin doğasından ötürü çeşitli farklılıklar gösterir. Tipik olarak, beden incelenmesi için adli tabip gerekirken iskeletin incelenmesi içinse bir antropolog gerekir. Adli tabip yumuşak dokulardan elde edilen bilgilere odaklanırken antropolog sert dokulardan elde edilen bilgilere odaklanır. Çürüme devam eden bir süreç olduğundan her iki uzmanın işleri birbiriyle zaman bakımından örtüşebilir. Bir antropolog taze bir beden kemikleri ortaya çıktığında ya da ya da taze bedende kemik travması söz konusu olduğunda inceleme yapabilir. Aksi takdirde de, mumyalaşmış dokular var olduğunda deneyimli bir adli tabibe ihtiyaç duyulabilir. Bazı durumlarda maksimum bilgi elde etmek için hem bu protokolün hem de model otopsi protokolünün kullanılması gerekebilir. Vücudun çürüme derecesi soruşturmanın çeşidini ve dolayısıyla da izlenecek protokolü/protokolleri belirleyecektir.

Antropolog tarafından cevap aranan sorular tipik bir otopsininkilerden farklılık gösterir. Antropolojik araştırma, şöyle sorulara daha fazla zaman ve dikkat harcar:

- a) Mevzubahis olan kalıntılar insan kalıntıları mıdır?
- b) Kalıntılar bir kişiye mi yoksa birçok kişiye mi aittir?
- c) Ölenin cinsiyeti, ırkı, boyu, vücut ağırlığı, fiziki durumu nedir? Hangi elini kullanmaktadır?
- d) Ölenin kimliğini kesin olarak belirlemeye yarayacak herhangi bir iskelet özelliği ya da anomalisi bulunmakta mıdır?

Ölüm zamanı, ölüm nedeni ve ölüm şekli antropolog tarafından da araştırılır, ancak hata payı ölümden hemen sonraki bir otopsininkinden genellikle daha büyüktür.

Bu model protokol birçok farklı durumda kullanılabilir olacak şekilde hazırlanmıştır. Ancak uygulamada kötü koşullar, yetersiz maddi kaynaklar veya zaman yetersizliğinden etkilenebilir. Bazı durumlarda protokolden sapmalar kaçınılmaz, hatta bazı vakalarda tercih edilir dahi olabilir. Bununla birlikte herhangi ciddi bir sapma olduğunda bunun tüm gerekçeleriyle birlikte son raporda belirtilmesi önerilmektedir.

B. Öngörülen iskelet incelemesi protokolü

1. Yerin incelenmesi

Gömüğün yeniden açığa çıkarılması, olay yeri incelemesine verilen aynı bilimsel özen ile ele alınmalıdır. Çalışmalar, baş araştırmacı ile danışmanlık yapan fiziksel antropolog veya arkeolog arasında koordinasyon sağlanarak yürütülmelidir. İnsan kalıntıları sıklıkla adli antropoloji teknikleri hakkında tecrübesi olmayan adli kolluk görevlileri veya mezarlık işçileri tarafından mezardan çıkarılmaktadır. Bu yolla çok değerli bilgiler kaybolabileceği gibi bazen asılsız bilgiler de yaratılabilir. Eğitimsiz kişiler tarafından mezar açma işleminin yapılması yasaklanmalıdır. Danışman antropolog mezar açma işlemini yürütmek ya da denetlemek üzere sahada bulunmalıdır. Her bir mezar tipinin kazılması kendine özgü problemleri ve süreçleri beraberinde getirir. Kazıdan elde edilen bilgi miktarı gömülme durumu hakkında bilgiye ve deneyime dayalı karara bağlıdır. Son rapor, kazı prosedürüne ilişkin bir izahat içermelidir.

Mezar açma sırasında izlenmesi gereken prosedür şu şekilde ifade edilebilir:

- a) Mezarın açıldığı tarih ve yer, mezar açmanın başlama ve bitiş saatleri ve bu süreçte çalışan tüm işçilerin isimleri kaydedilmeli;
- b) Bilgiler çizim ve fotoğraflarla desteklenerek anlatı şeklinde kayda geçirilmeli;

- c) Her gün çalışma başlamadan once ve sonra aynı noktadan çalışma alanının fotoğrafı çekilerek çalışma alanında resmi süreçle ilişkisi olmayan tüm bozulmalar tespit edilmeli;
- d) Bazı durumlarda öncelikle belirli bir alanda mezarın yerinin saptanması gerekir. Bu durumlarda mezarın yaŐına bağlı olarak birçok mezar yeri saptama yöntemi vardır:
- i. Deneyimli bir arkeolog, yüzey hatlarındaki değişiklikler ve yerel bitki örtüsündeki farklılıklar gibi ipuçlarını fark edebilir;
 - ii. Metal bir sondaj çubuğu, doldurulmuŐ mezar toprağının özelliği olan daha gevşek toprak yapısının varlığını saptayabilmek için kullanılabilir;
 - iii. İncelenecek alan temizlenebilir ve yüzey toprağı düz bir kürekle kazınabilir. Böyle olunca mezarlar etraflarına oranla göre daha koyu renkli grnrlere, çünkü mezarın dolgu toprağı içerisinde daha koyu renkli yüzey toprağı alt tabakadaki daha açık renkli toprakla karıŐmıŐtır. Bazen yzeeye hafifçe su püskürtülmesiyle mezarın sınırları daha belirgin Şekilde ortaya çıkarılabilir;
- e) Gm/mezar aşağıdaki Şekillerde sınıflandırılmalıdır:
- i. Şahsi mezar veya birden çok kişinin kalıntılarının karışmış Şekilde bulunduğu mezar. Bir mezar tek başına gömülmüş bir kişinin kalıntılarını da içerebilir, aynı anda gömülmüş veya zaman içinde aynı yere gömülmüş iki ya da daha fazla kişiye ait karışmış haldeki kalıntıları da içerebilir;
 - ii. İzole veya bitiŐik mezar. İzole, yani tecrit edilmiş bir mezar diğer mezarlardan ayrıdır ve başka bir mezarın sınırlarını ihlal etme endiŐesine kapılmadan kazılabilir. Kalabalık mezarlıklarda olduğu gibi bitiŐik mezarlar ise farklı bir kazı tekniği gerektirir, çünkü bir mezarın duvarı aynı zamanda diğer bir mezarın da duvarını oluŐurmaktadır;
 - iii. Birincil veya ikincil mezar. Birincil mezar ölenin ilk olarak gmldĞu mezardır. EĞer ölenin bedeni sonradan

çıkarılmış ve tekrardan gömülmüşse bu durumda sonraki mezar ikincil mezar olarak kabul edilir;

- iv. Bozulmamış veya bozulmuş mezar. Bozulmamış mezarlar ilk gömme işleminden sonra doğal süreçler haricinde herhangi bir değişikliğe maruz kalmamıştır. Bozulmuş mezarlar ise ilk gömme işleminden sonra insan eliyle müdahale dolayısıyla değiştirilmiş olurlar. Tüm ikincil mezarlar bozulmuş olarak kabul edilirler; birincil mezardaki bozulmayı saptayabilmek için ise arkeolojik yöntemler kullanılabilir;
- f) Mezar için net ve başkasıyla karıştırılmayacak bir numara tespit edilmelidir. Eğer uygun bir numaralandırma sistemi halihazırda kullanılmıyorsa, antropologun bir sistem tasarlaması gerekir;
- g) Bir referans noktası belirlenmeli ve mezar alanı kapatılıp uygun ölçekli karelej yöntemi ve standart arkeolojik teknikler kullanılarak haritalanmalıdır. Bazı vakalarda basitçe mezarın yüzeyden kafatasına ve yüzeyden ayaklara olan derinliğini ölçmek yeterli olabilir. Sonra da ilgili cisimler iskelete nazaran konumlarına göre kaydedilebilirler;
- h) İlgili cisimler açısından çerçöple karışık toprak elekten geçirilerek fazlalık toprağı atılmalıdır. Her bir bulgu için seviyesi (derinliği) ve iskelete nazaran koordinatları kaydedilmelidir. Bu adımda gerekecek özen ve dikkat miktarı, mezarın tipine ve özellikle de birincil veya ikincil mezar olmasına bağlıdır. İkincil mezar alanında bulunan ilgili cisimlerin birincil mezarın koşullarını açığa çıkarması beklenemez, ancak bunlar o gömülme sonrasında gerçekleşen olaylar hakkında bilgi verebilir;
- i) Özellikle kalıntıların hemen üzerinde veya hemen altındaki seviyelerde kurşun veya mücevherat gibi malzemeler aranmalıdır. Bu hususta bir metal dedektörü fayda sağlayabilir;
- j) Kalıntıların gömülü olduğu yer belirlendiğinde, beden çevrelenmeli ve mümkünse bedenın tüm kenarlarından en az 30 cm mesafesi olan bir gömü çukuru açılmalıdır;

- k) Bedenin tüm kenarlarından yaklaşık 30 cm mesafede bedenin en alçak noktasına kadar kazarak sadece taban kısmından toprakla temas eder duruma getirilmelidir. Benzer şekilde ilgili tüm buluntular da sadece taban kısmından toprakla temas eder hale getirilmelidir;
- l) Kalıntılar yumuşak bir fırça ya da elbise fırçası kullanılarak açığa çıkartılmalıdır. İplikten olan delillere zarar verebileceği için kumaş üzerinde sert tel fırça kullanılmamalıdır. Kafatası etrafında bulunan toprak saç bulmak amacıyla incelenmelidir. Labratuvar incelemesi için bu toprak bir torbaya doldurulmalıdır. Bu sırada sabırlı davranmak çok önemlidir. Kalıntılar kırılabilir; parçaların birbiriyle ilişkisi önemlidir ve bunlar kolayca altüst edilebilir, dağılır. Bu süreçte verilecek hasar, analiz için elde edilebilecek bilgi miktarını ciddi ölçüde azaltabilir;
- m) Kalıntılar oldukları yerde fotoğraflanmalı ve haritalanmalıdır. Tüm fotoğraflarda bir kayıt numarası, tarih, ölçek amaçlı cetvel ve kuzey yönünü gösteren bir işaret olmalıdır;
- i. Önce tüm gömü alanı fotoğraflanmalı, daha sonra önemli detaylar üzerine odaklanılmalıdır, bu sayede bu parçaların bütün ile ilişkileri kolayca görünür kılınabilir;
 - ii. Alışılmadık ya da olağanüstü görülen her şeyin yakın plan fotoğrafı çekilmelidir. Yeni veya iyileşmiş travma ya da patolojik değişimlere ait izlere özellikle dikkat edilmelidir;
 - iii. İlgili tüm cisimler (elbiseler, saçlar, tabut, buluntu eşyalar, mermiler, kaplamalar vb.) fotoğraflanmalı ve haritalanmalıdır. Harita iskeletin kaba bir çiziminin yanı sıra tüm ilgili cisimlerin çizimini de içermelidir;
- n) Herhangi bir şeyin yerini değiştirmeden önce bireyin ölçümleri yapılmalıdır:
- i. Kalıntılarının toplam uzunluğu ölçülmeli ve ölçümdeki uç noktalar kaydedilmelidir. Örneğin, apeks ile kalkaneusun

plantar yüzeyi arası mesafe ölçülmelidir (not: bu bir boy ölçümü değildir);

- ii. Eğer iskelet yerden kaldırıldığında kırılacak derecede kırılğan ise, yerden kaldırılmadan önce mümkün olduğu kadar çok ölçüm yapılmalıdır;
- o) Tüm cisimler çıkartılarak hasar görmelerini önleyecek şekilde torbalara veya kutulara konmalıdır. Her bir kabın üzerine tarih, numara yazılmalı ve paraf atılmalıdır;
- p) Gömünün hemen altındaki toprak seviyesi kazılmalı ve incelenmelidir. Kazı durdurulup çukur tekrar doldurulmaya başlanmadan önce steril (içinde kalıntı barındırmayan) bir toprak seviyesine erişilmelidir.

2. İskelet kalıntılarının laboratuvar analizi

İskelet kalıntılarının laboratuvar analizi sırasında aşağıdaki protokol izlenmelidir:

- a) İskelet incelemelerinin tarihi, yeri, başlama ve bitiş saatleri ve tüm çalışanların isimlerini kaydedilmelidir;
- b) Herhangi bir temizliğe başlamadan önce tüm iskelet parçalarının röntgeni çekilmelidir;
 - i. Eğer mümkünse bite-wing, apikal ve panoramik diş röntgenleri çekilmelidir;
 - ii. Tüm iskeletin röntgeni çekilmelidir. Kırıklar, gelişim anomalileri ve cerrahi süreçlerin etkileriyle özel olarak ilgilenilmelidir. Kimlik tespitine yönelik olarak frontal sinus filmleri de çekilmelidir;
- c) Bazı kemikler orijinal halinde muhafaza edilmelidir; 2 lomber omur bunun için yeterli olmalıdır. Kalan kemikler yıkanmalı ama fırçalanmamalı veya suyun içinde bırakılmamalıdır. Sonrasında da kemikler kurumaya bırakılmalıdır;
- d) İskelet sistematik biçimde dizilmelidir;
 - i. Kemiklerin sağ ve sol olarak ayırt edilmeli;

- ii. Her bir kemik teker teker tespit edilip iskelet tablosu üzerinde kaydedilmeli;
 - iii. Her bir diş teker teker bulunup dental tablo üzerinde kaydedilmeli, bu sırada kırık, çürük, tamir görmüş ya da eksik dişler not edilmeli;
 - iv. Tüm iskeletin tek fotoğraf karesine sığacak biçimde fotoğrafı çekilmeli ve tüm fotoğraflar bir kayıt numarası ve bir ölçek olarak bir cetvel içermelidir;
- e) Eğer birden fazla birey incelenecek ise ve özellikle bireyler arasında karşılaştırma yapılması ihtimali varsa herhangi bir çalışmaya başlanmadan önce her bir parça silinmez mürekkep ile numaralandırılmalıdır;
- f) Kalıntıların durumu, katı ve tamamen sağlam, aşınmış ve ufalanabilir, kömürleşmiş veya yanmış vb. gibi şekillerde kaydedilmelidir;
- g) Ön kimliklendirme:
- i. Yaş, cinsiyet, ırk ve boy saptanmalıdır;
 - ii. Her bir kanaat için gerekçeler kaydedilmelidir (örneğin, cinsiyetin belirlenmesi kafatası ve femur başına göre yapılmıştır, gibi);
 - iii. Söz konusu kanaatleri destekleyen tüm delillerin fotoğrafları çekilmelidir;
- h) Bireysel kimliklendirme:
- i. Hangi elini kullandığı, patolojik değişiklikler, travma ve gelişim anomalilerine ilişkin deliller ve izler aranmalı;
 - ii. Her bir kanaat için gerekçeler kaydedilmeli;
 - iv. Söz konusu kanaatleri destekleyen tüm delillerin fotoğrafları çekilmelidir;
- i) Tedavi sürecinde oluşmuş hasarlarla tedavi süreciyle ilişkisi olmayan hasarlar birbirinden ayrıştırılmaya çalışılmalıdır. Tüm hasarların fotoğrafları çekilmelidir;

- i. Hiyoid kemik, çatlak veya kırıkların varlığı açısından incelenmelidir;
 - ii. Tiroid kırırdağı hasar açısından incelenmelidir;
 - iii. Her bir kemik metale temas etmiş olup olmadığı açısından incelenmelidir. Tüm kaburga kemiklerinin st ve alt kenarları özel bir dikkatle incelenmelidir. Söz konusu incelemede bir disseksiyon mikroskopu kullanmak faydalı olacaktır;
- j) Eğer kalıntılar kimliklendirme sağlanamadan tekrar gmlecekse daha fazla analiz yapılması için Şu numuneler muhafaze edilmelidir:
- i. İki femurdan herhangi birinin gövdesinin orta kısmından, ykseklıği 2cm veya daha fazla olan enine bir kesit;
 - ii. İki fibuladan herhangi birinin gövdesinin orta kısmından, ykseklıği 2cm veya daha fazla olan enine bir kesit;
 - iii. Bir kaburga kemiğinin (mümkünse altıncı) sternal ucundan 4 cm uzunluğunda bir kesit;
 - iv. Ölüm sırasında canlı olan bir diş (tercihen mandibular kesici diş);
 - v. Birçok molar (azı) diş – bunlar ileride yapılması olası DNA kimliklendirmesinde kullanılmak üzere çıkartılmalıdır;
 - vi. Muhtemel yüz rekonstruksiyonu için kafatasının kalıbı;
 - vii. Hangi numunelerin alındığı kayda geçirilip bunların tamamı kayıt numarası, tarih ve numuneyi alan kişinin ismiyle etiketlenmelidir.

3. Son rapor

Son rapor hazırlanırken atılması gereken adımlar Şunlardır:

- a) Tüm prosedür ve sonuçların tam bir raporu hazırlanmalıdır;
- b) Kararların kısa bir zeti rapora dahil edilmelidir;

c) Rapora tarih atılıp imzalanmalıdır.

4. Delillerin depolanması

Bedenin kimliklendirilemediği durumlarda mezardan çıkarılan kalıntılar ve diğer deliller makul bir süre boyunca muhafaza edilmelidir. Daha sonraki bir zamanda kimlik tespitinin yapılabilmesi ihtimali göz önünde bulundurularak bedenlerin 5-10 yıl süreyle içinde tutulabileceği bir depo oluşturulmalıdır.

EK 6:

**ZORLA KAYBETME, KEYFİ VEYA HUKUK DIŞI İNFAZ
VAKALARINDA ARAMA SÜREÇLERİ VE ADLİ SORUŞTURMAYA
DAİR İLKELER VE ASGARİ STANDARTLAR ÜZERİNE
ULUSLARARASI MUTABAKAT**

(alıntılar)

Etik ilkeler

İnsan hakları

Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz hallerinde atılan tüm adımlar ve yapılan adli soruşturmalar, kişinin haysiyeti ve insan olarak değerinin yanı sıra, mağdurların insan haklarının evrensel, bireysel ve birbirine bağlı doğasını esas almalıdır. Kişilerin zorla kaybedilmesi, kaybedilmiş kişinin yeri ve akıbeti açıklığa kavuşturuluncaya kadar sürmekte olan bir suç olarak kabul edilmektedir. Bu, Devletler için bağlayıcı olan uluslararası ve sözleşmeler yoluyla benimsenmiş ve hedefi insan haklarının korunması ve geçerli kılınması olan bir dizi hakkı ihlal etmektedir.

Hak sahibi olarak mağdurlar

Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz hallerinde atılan tüm adımlar ve yapılan adli soruşturmalarda, mağdurların ve ailelerinin etik ve yasal açıdan hak sahibi olarak tanınması teşvik edilmeli, sürecin tüm aşamalarında bilgilendirilmiş ve bilinçli katılımları sağlanmalıdır. Buna ek olarak, ilgili tüm birim ve kurumlar böylesi bir vakada hakikatın aydınlatılmasının, adaletin tesis edilmesinin, zarar gören kişiler, aileleri, parçası oldukları topluluklar ve toplumun onarımının ve zararlarının tazmininin sağlanması için gerekli her türlü desteği sunmalıdır.

Onarıcı nitelik

Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz hallerinde atılan tüm adımlar ve yürütölen adli soruşturma süreçleri, kişilerin duyguları, düşünceleri ve yaşadıklarına saygı çerçevesinde direnme ve baş etme mekanizmalarının oluşumuna öneyak olmak ve kişisel, ailevi, topluluğa dair ve sosyal yaşam planlarının yeniden kurulmasını

sağlamak için genel itibarıyla kişiler, aileleri, içinde yaşadıkları topluluklar ve toplumlar açısından onarıcı olmalı ve bu kapsamda gerekli unsurları barındırmalıdır.

Farklılıklara uygun yaklaşım

Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz hallerinde atılan tüm adımlar ve yürütölen adli soruőtırmalar ilgili kişilerin özelliklerini, beklentilerini ve ihtiyaçlarını dikkate almalıdır. Sosyal, siyasi, ekonomik, tarihi ve kültürel bağlam ile toplumsal cinsiyet, kuşak, etnik kimlik, dil, maneviyat (inanç), cinsel yönelim, örgütlenme biçimleri, örfi adalet sistemi ve diğer özgün toplumsal koşullar da bu kapsamda göz önünde tutulmalıdır.

Zihinsel bütönlük

Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz hallerinde atılan tüm adımlar ve yürütölen adli soruőtırmalar, mağdurların ve ailelerinin zihinsel bütönlüğünü korumalı ve geliőtirmelidir. Gerektiğinde mağdurların ve aile bireylerinin ihtiyaçlarını dikkate alan önleme, rehabilitasyon ve güçlendirme mekanizmaları için gerekli koşulları sağlamalıdır.

Eşitlik temelli ve ayrımcılık olmaksızın muamele

Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz hallerinde atılan tüm adımlar ve yapılan adli soruőtırmalar, mağdurların insan haklarının eşit şekilde tanınması veya kullanılması ilkesini boőa çıkarma veya zedeleme amacı taşıyan veya sonucu doğuran herhangi bir ideolojik, toplumsal cinsiyet, ırk, renk, milli veya etnik kimlik temelli dışlama, ayrıştıırma, kısıtlama veya tercih olmaksızın yürütölmeli ve uygulanmalıdır.

Zarar vermeme

Kaybedilmiş bir kişiyi arama ve adli soruőtırma sürecine dahil olan tüm ekipler her şeyden önce mağdurlara daha fazla zarar verilmemesini sağlamalı, onarıcı nitelikteki eylem ve adımları desteklemelidir. Atılan tüm adımların amacı ve nihai hedefi mağdurların ve ailelerinin beklentilerini karşılamak; bu bağlamda, tekrar travmatize olmalarına sebebiyet vermeden arama, adli soruőtırma ve sevdiklerinin iadesi süreçlerine dahil edilmelerini ve katılımlarını sağlamaya yönelik faaliyetlerde bulunmaktır.

Asgari standartlar

Standart 1

Zorla kaybedilme veya hukuk dışı ve keyfi infaz mağduru olan kişilerin aranması

Zorla kaybedilme veya hukuk dışı ve keyfi infazlarının mağdurlarının bulunana kadar aranması, ne zaman gerekleŐtiklerine ve akrabaların resmi bir suç duyurusunda bulunmuş olup olmadıklarına bakılmaksızın olayların aydınlatılması için gerekli azami çaba gösterilmelidir. Bu süreçte aramanın önündeki engellerin ortadan kaldırılması için tüm yöntemlere baŐvurulmalıdır.

Ayrıca, savaş hali, düşmanlıklar, çatışma, silahlı eylemler veya silahlı çatışma ya da başka Şiddet içerikli durumlar kapsamındaki olaylar dolayısıyla kaybedilmiş kişilerin aranması ve bulunması için de ilgili uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku standartları çerçevesinde gerekli azami çaba gösterilmelidir.

Standart 2

Akrabalarının bulunması

Adli soruşturma ve yasal süreç baŐlatılmadan önce zorla kaybetme veya keyfi ve hukuk dışı infaz mağdurlarının tüm olası akrabalarını tespit etmek, bulmak ve katılımlarını kolaylaştırmak için gerekli tüm balar sarf edilmelidir.

Standart 3

Akrabaların aktif katılımı

Zorla kaybetme veya hukuk dışı ve keyfi infaz mağdurlarının aranması ve adli soruşturma süreçlerinde akrabalarının aktif katılımının teşvik edilip kolaylaŐtırılması için gerekli çaba gösterilmelidir. Bunun bir parçası olarak kişilerin biraraya gelip kendilerini organize edebileceği ve iyi hissedebileceği, hakikat, hafıza ve kapsamlı onarım haklarını etkileyen teknik ve yasal süreçlere ilişkin bilinçli karar almalarını kolaylaŐtıracak alanların (mekanların) varlığı önemsenmelidir.

Standart 4

Olayın aydınlatılması, hakikat ve hafıza hakkı

Zorla kaybetme, hukuk dışı ve keyfi infaz ve diğer insan hakkı ihlali vakalarının, olaylar tamamen aydınlatılıncaya kadar araştırılması savunulmalıdır. Aynı şekilde, kişilerin haysiyetinin korunması ve olayların yeniden tekrarlanmayacağına garanti edilmesi sürecinin bir parçası olarak mağdurların tarihsel hafızalarının onarımı ve yeniden kurulmasının koşulları oluşturulmalıdır.

Standart 5

Adalet hakkı

Devletler zorla kaybetme veya hukuk dışı ve keyfi infaz mağdurlarının birey, aile, topluluk ve toplum düzeylerinde kişisel ve kolektif adalet haklarının tam anlamıyla sağlanması için ya uluslararası tedbirleri benimsemeli ya da gerekli yasal, idari, adli ve diğer tüm önlemleri ulusal olarak almalıdır.

Standart 6

Kapsamlı onarım

Zorla kaybetme ve diğer insan hakkı ihlali mağdurlarının ulusal ve uluslararası düzenlemelerde ele alınan kapsamlı tazminat hakkı tanınmalı ve uygulamaya konmalı; bu kapsamda mağdurların, akrabalarının ve parçası oldukları toplulukların hakları ve taleplerinin karşılanması için gerekli tüm adımlar atılmalıdır. Bireysel ve kolektif süreçlerde psikososyal boyut da ele alınmalı; kişilerin, ailelerin ve toplulukların tarihsel deneyimleri, beklentileri ve farklı ihtiyaçları etkin bir biçimde sürecin parçası haline getirilmelidir.

Standart 7

Koruma ve güvenlik

Zorla kaybedilme mağdurlarının ailelerinin güvenliğini garanti altına almak için gerekli tüm imkanlar seferber edilmeli; kaybedilmeye yol açan olaylar kişilerin haysiyeti ve güvenliğinin sağlandığı koşullarda aydınlatılmalıdır. Bu özellikle silahlı çatışma veya süregelen insan hakkı ihlallerinin yaşanmakta olduğu durumlarda önem kazanır.

Delil ve kanıtlardan ifade ve tanıklıklara, hatta gizli kişisel bilgilere kadar süreç dahilinde elde edilen tüm bilgiler benzer biçimde korunmalıdır.

Standart 8

Sürekli bilgi sağlama ve süreçlerin şeffaf şekilde ilerletilmesi

Zorla kaybetme veya keyfi ya da hukuk dışı infaz mağdurlarını arama süreçlerinde ve adli soruşturmalarda mağdurların yakınlarının sürekli olarak açık ve net bir biçimde, gelecekte atacakları adımlara ilişkin karar vermelerini sağlamak üzere bilgilendirilmeleri gerekir. Bilgi edinme hakkının kapsamında: (a) kaybedilmiş veya infaz edilmiş kişileri arama süreci, adli soruşturma, bu kapsamdaki faaliyetler, etkileri, sonuçları ve haklara dair bilgiye erişim; bu, bilhassa kapsamlı tazminat ve adalet hakkı bağlamında geçerlidir; (b) kaydedilen ilerleme, kısıtlamalar ve ilgili teknik ve yasal unsurlar; (c) sorumluları aydınlığa kavuşturacak bulgulara, faillerin mağdurlara davranışlarına, suçların işleme gerekçelerine ve kaybedilme veya hukuk dışı ya da keyfi infazın gerçekleştiği koşullara ilişkin bilgilere erişim bulunmaktadır.

Standart 9

Psikososyal bakım hakkı

Psikososyal bakım kapsamlı onarımın mihenk taşlarından biri ve zorla kaybetme, hukuk dışı veya keyfi infaz mağdurlarının aileleri ve parçası oldukları topluluklara insani yardımın gereği olmalıdır. Arama süreçlerinde ve adli soruşturmalar sırasında mağdurların akrabalarının, parçası oldukları toplulukların ve yol arkadaşlarının yeniden farklı biçimlerde mağdur edilmemeleri için gerekli tüm adımlar atılmalıdır.

Standart 10

Kişilerin ve çalışan ekiplerin özbakımı

Zorla kaybetme ve keyfi veya hukuk dışı infaz mağdurlarının aranması kapsamındaki teknik, yasal ve psikososyal süreçleri yürütenlerin kapsamlı fiziksel ve psikolojik bakımı için gerekli koşullar sağlanmalıdır.

Standart 11

Kültürel bağlam

Zorla kaybetme, keyfi veya hukuk dışı infaz mağdurlarının aranması ve adli soruşturma süreçleri için uygulanan prosedür ve protokoller, zarar görmüş olan topluluğun kültürü ve anlam dünyasını göz önünde bulundurmali ve bunlara saygı duymalıdır.<

Standart 12

Toplumsal cinsiyet yaklaşımı

Psikososyal çalışma hem tasarlanırken hem de uygulanırken toplumsal cinsiyet odaklı olmalıdır. Bu, zorla kaybetme, hukuk dışı veya keyfi infaz olaylarının ve bu bağlamdaki arama süreçleri, adli soruşturmalar, hakikat, adalet ve onarım süreçlerinin kadınları ve erkekleri birbirlerinden farklı biçimde etkiliyor olması hakkında farkındalık yaratmak anlamına gelir. Ayrıca kadınların ve erkeklerin bu süreçlere katılım sağlamada karşılaştıkları fazladan ve birbirlerinden farklı engeller hakkında da farkındalık yaratılmalı, bu doğrultuda katılımlarının sağlanması için birbirlerinden farklı tedbirler önerilmelidir.

Standart 13

Çocuklarla ve ergenlerle çalışma

Zorla kaybetme ya da hukuk dışı veya keyfi infaz olaylarının mağduru olan veya bir şekilde bu olaylara ya da adli soruşturmalara karışmış olan çocuk ve ergenlere çocukların üstün yararını gözeterek özel bir muamele sağlanmalıdır.

Standart 14

Koordinasyon

Zorla kaybetme ya da hukuk dışı veya keyfi infaz mağdurlarının aranması sürecine dahil olan tüm aktörlerin koordinasyonunu sağlayacak mekanizmalar oluşturulmalıdır. Bu, bilgi toplama ve eldeki verinin analizi süreçlerini, tüm yasal, teknik ve psikososyal faaliyetleri ve atılmış tüm adımların takibi ve değerlendirilmesi için kurulmuş mekanizmaları kapsar.

Standart 15

Bağımsız ekipler

Zorla kaybetme veya hukuk dışı ya da keyfi infaz mağdurlarının aranması ve adli soruşturma sırasında, şartlar öyle gerektirdiğinde, teknik, yasal ve psikososyal faaliyetlerin etkili olmasına katkı sunmak ve yasal ve bilimsel anlamda ulusal ve uluslararası standartlara uyulmasını sağlamak için yerel, ulusal ve uluslararası kurumlar da süreçlere dahil edilmelidir. Bunun için şeffaf, bağımsız ve nesnel şekilde çalışmaları zorunludur.

Standart 16

Adli çalışmalarda bilimsel standartlar

Adli çalışmaların ulusal ve uluslararası bilimsel, yasal ve teknik standartlara uygun olmasının sağlanması için bedensel kalıntıların ayrıştırılması, kimliklendirilmesi ve kimlik tespitinin yapıp yapılamadığından bağımsız olarak muhafaza edilmesi için gerekli adımlar atılmalıdır.

Komisyon Üyeleri

Temmuz 2017 (güncel bir liste için: www.icj.org/commission adresini ziyaret edebilirsiniz)

Başkan:

Prof. Dr. Robert Goldman, Amerika Birleşik Devletleri

Başkan yardımcısı:

Hakim Michèle Rivet, Kanada

Yönetim Kurulu:

Prof. Dr. Carlos Ayala, Venezuela

Hakim Azhar Cachalia, Güney Afrika

Prof. Dr. Andrew Clapham, Birleşik Krallık

Ms Imrana Jalal, Fiji

Ms Hina Jilani, Pakistan

Hakim Radmila Dragicevic-Dicic, Sırbistan

Mr Belisário dos Santos Júnior, Brezilya

Diğer Komisyon Üyeleri:

Prof. Dr. Kyong-Wahn Ahn, Kore Cumhuriyeti

Hakim Adolfo Azcuna, Filipinler

Mr Muhannad Al-Hassani, Suriye

Mr Abdelaziz Benzakour, Fas

Hakim Ian Binnie, Kanada

Sir Nicolas Bratza, Birleşik Krallık

Mr Reed Brody, Amerika Birleşik Devletleri

Prof. Dr. Miguel Carbonell, Meksika

Hakim Moses Chingengo, Zimbabve

Ms Roberta Clarke, Barbados-Kanada

Hakim Elisabeth Evatt, Avustralya

Mr Roberto Garretón, Şili

Prof. Dr. Jenny E. Goldschmidt, Hollanda

Prof. Dr. Michelo Hansungule, Zambiya

Ms Gulnora Ishankanova, Özbekistan

Mr Shawan Jabarin, Filistin

Hakim Kalthoum Kennou, Tunus

Prof. Dr. David Kretzmer, İsrail

Prof. Dr. César Landa, Peru

Hakim Ketil Lund, Norveç

Hakim Qinisile Mabuza, Svaziland

Hakim José Antonio Martín Pallín, İspanya

Prof. Dr. Juan Méndez, Arjantin

Hakim Charles Mkandawire, Malavi

Mr Kathurima M'Inoti, Kenya

Hakim Yvonne Mokgoro, Güney Afrika

Hakim Sanji Monageng, Botswana

Hakim Tamara Morschakova, Rusya

Hakim Egbert Myjer, Hollanda

Hakim John Lawrence O'Meally, Avustralya

Hakim Fatsah Ouguergouz, Cezayir

Dr. Jarna Petman, Finlandiya

Prof. Dr. Mónica Pinto, Arjantin

Prof. Dr. Victor Rodriguez Rescia, Kosta Rika

Mr. Alejandro Salinas Rivera, Şili

Prof. Dr. Marco Sassoli, İtalya-İsviçre

Hakim Ajit Prakash Shah, Hindistan

Hakim Kalyan Shrestha, Nepal

Mr. Raji Sourani, Filistin

Hakim Philippe Texier, Fransa

Hakim Stefan Trechsel, İsviçre

Prof. Dr. Rodrigo Uprimny Yepes, Kolombiya

ISBN 978-605-83814-3-8



**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