

Zorla Kaybetmelerin Cezasız Kalmasına Karşı Bölgesel Bir Model Yoluyla Mücadele*

*Cristina Genovese ve Prof. H. van der Wilt***

Özet

Ağır ahlaki utanç, faillerin bireysel cezai sorumluluğuna başvurmamızın tetikleyici gerekçesi olmuştur genelde. Nuremberg duruşmalarıyla başlayan “adalet çağlayanı” sona ermemelidir. Uluslararası ve ulusal mahkemelerde ceza adaletinin tatbikine ilişkin mevcut tedbirlerin zorunlu mekanizmalar olduğu belli olsa da, bunlar her zaman yeterli olmamaktadır. Zorla kaybetme suçunu cezasızlığın hâlâ devam ettiği örnek bir fenomen olarak öne çıkaran bu makale, Avrupa’da uluslararası ceza hukuku uygulamalarına dair bölgesel inisiyatiflerin uluslararası ve ulusal düzeyde icra edilmekte olan yargısal adaleti tamamlayıp tamamlayamayacağı sorusunu ele alıyor.

Giriş

“Bugün bile, belki bugün, belki yarın, oğlumu bana geri getireceklerini düşünüyorum [...] Her gece uykularıma giriyor ve gün boyunca ağlayıp duruyorum [...] Buna hayat denmez artık. Benim için her şey durdu. Yaşamıyorum ben; toprağın üzerinde öylece yürüyorum sadece.”

Artur Akhmatkhanov’un annesi, Rusya¹

Zorla kaybetme en büyük insan hakkı ihlallerinden biri olarak nitelendirilmiştir.² Dolayısıyla bu mesele, ihlal içeren eylemlerde bulunulması sebebiyle devletleri sorumlu tutan uluslararası insan hakları sisteminde kapsamlı şekilde ele alınmıştır. İnsan hakları kurumları yol açılan zararları telafi etmek adına, mağdurlara maddi tazmin ve tatmin gibi farklı tazminat biçimleri sağlanmasına yönelik düzenlemeler yapmıştır.³ Gelgelelim, bu tür dehşet verici eylemlerden dolayı sadece bir devleti –soyut bir entiteyi– sorumlu tutmanın mağdurların maruz kaldığı terör ve ızdırap döneminde yaşadıklarını telafi edip

¹ Uluslararası Af Örgütü, “Voices of Victims: Testimonies of Victims from Enforced Disappearance”, Kasım 2011, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR51/009/2011/en/86b89482-1474b91-b35a-e324ef781485/ior510092011.en.pdf> (erişim tarihi 15 Aralık 2013); bkz. *Akhmatkhanov v. Rusya*, 22 Temmuz 2010 tarihli Karar, AİHM Başvuru No. 20147/07.

² Madde 1, 1992 Birleşmiş Milletler Tüm Kişileri Zorla Kaybetmeden Koruma Beyannamesi, BM Dok. A/RES/47/133 (bundan böyle BM Beyannamesi diye anılacak); Girizgâh, 1994 Amerika Ülkeleri Kişilerin Zorla Kaybedilmesine İlişkin Sözleşme, OAS Anlaşmalar Dizisi No. 68, 33 ILM 1429 (bundan böyle IACED diye anılacak); Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi (bundan böyle AKPM diye anılacak, Karar 1463 (2005), para 2; OHCHR, *Enforced or Involuntary Disappearances*, Olgu Dökümü, No.6/Rev. 3, Cenevre 2009, s. 1, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet6Rev3.pdf> (erişim tarihi 15 Aralık 2013).

³ *El Amparo v. Venezuela* davasındaki mağdurlardan birinin annesine göre, 18 Aralık 1995 tarihli Karar, IACtHR Ser. C No. 19: “Oğlum sütü sağılacak bir inek değildi, para istemiyorum ben, adalet istiyorum”, alıntılan V. Krsticevic, “Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach” Konferansı içinde, *American University Law Review* 2007-1375, s. 1419.

* İngilizce orijinalinden *Hafıza Merkezi* adına Erkal Ünal tarafından çevrilmiştir.

**Cristina Genovese, Araştırma Master Öğrencisi, Uluslararası Kamu Hukuku, Amsterdam Üniversitesi; Prof. mr. dr. Harmen van der Wilt, Uluslararası Ceza Hukuku Bölüm Başkanı, Amsterdam Uluslararası Hukuk Merkezi’nde Araştırma Görevlisi (ACIL), Amsterdam Üniversitesi.

edemeyeceği pekâlâ sorulabilir. İhlal edenlerin cezalandırılması hususunda ulusal mahkemelerin en uygun forumları temsil ettiği kanısına binaen, devletler söz konusu suçu soruşturmak ve failere karşı dava açmak yükümlülüğündedirler. Bununla beraber, devlet yetkililerinin suça dahil olma ihtimali veya yasal boşluklar, yerel yargı organının düzgün işlemeyişini aksatıp adaletin sağlanması karşısındaki temel engellerden birine, yani cezasızlığa yol açabilir. Diğer devletlerin evrensel yargı ilkesi temelinde söz konusu mesele üzerinde yargı yetkisi talebinde bulunacağı bir vakada, iç hukukta geçerli bir yasal temelin olmayışı veya muhtelif siyasi engeller cezai kovuşturmaları zora sokabilir.⁴ Dahası, özel silahlı gruplar, isyan kuvvetleri veya özel şirketler gibi insan hakları kurumlarının yetki alanının dışına düşen devlet-dışı aktörlerin de en az devletler kadar ağır suç işleyebildiği görülmüştür.⁵ Suç oluşturan davranışlarda bulunan özel entiteler devletin ceza sistemine girer, peki ama devletin kendisi failere dava açmıyorsa veya dava açmaya gönülsüz olduğunda ne olur? Uluslararası mahkemelerin ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) kurulması, devletin adalet üzerine çektiği perdenin indirilmesinde ve en ağır suçlardan sorumlu bireylerin mahkûm edilmesinde son derece önemli olmuştur.⁶ Roma Statüsü, pratikte insanlığa karşı suça tekabül ettiği hallerde zorla kaybetmeleri uluslararası bir suç olarak tanıır – bunu yaparken yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olmayan edimleri dışarıda bırakır.⁷ Peki söz konusu suç Roma Statüsü'nün temel suçlar çatısı altına düşmediğinde hangi entite mağdurlara adalet sağlamaya yetkili olacaktır? Ciddi insan hakkı ihlallerinde bulunanlar UCM'nin sınırlı maddi ve zamansal yargı yetkisinden dolayı ceza almadan kalabilirler.

Devletlerarası işbirliği, adaletin uygulamaya konulması ve insan haysiyetinin korunmasına verilen önem göz önünde bulundurulduğunda, bu tür ihlallerde bulunanların cezasız kalmasına ilişkin hiçbir gerekçe söz konusu olamaz. Bu doğrultuda, cezasızlığa karşı verilen mücadele dayanak olarak bir başka mekanizmaya ihtiyaç duyuyor gibidir. İşte bu araştırma, gerek ulusal gerekse uluslararası kurumlar işlevsiz kaldığında ceza adaletinin uygulamaya konmasını tamamlayabilecek meşru araçlar olarak bölgesel inisiyatifleri öne çıkarıyor. İnsan haklarını korumanın en gelişmiş bölgesel modellerinden biri olarak, zorla kaybetme suçlarının hâlâ cezasız kalabildiği Avrupa Konseyi'ne odaklanan yazarlar, bireyleri cezai açıdan sorumlu tutabilecek yeni bir mekanizmanın kurulmasını savunuyor. Bu doğrultuda, II. Kısım'da uluslararası hukukta bir suç olarak tanımlanan zorla kaybetmenin esasına dair kısa bir özet ortaya konuluyor. Çalışmaya konu olarak zorla kaybetme suçunun seçilmesinin sebebi bunun karmaşık ve devam eden bir mahiyet sergilemesi ve gerek mağdurların gerekse bir bütün olarak toplumun üzerindeki ağır etkileridir. Failerin etkin kovuşturulmasında karşılaşılabilecek zorlukları göstermek amacıyla, III. Kısım'da cezanın uygulanmasında gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde mevcut olan boşluklar ele alınıyor ve bu tür

⁴ D. Akande & S. Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", *European Journal of International Law* 2010-4, s. 816.

⁵ AKPM Rapor 12880 (2012), para. 65; bkz. *Situation in the Republic of Kenya*, Kenya Cumhuriyeti'ndeki Durumu Soruşturmayı Yetkilendirmeye dair Roma Statüsü'nün 15. Maddesi Gereğince Alınan Karar, ICC-01/09, Pre-T. II. Bölüm, 31 Mart 2010, para. 90-92.

⁶ E. Greppi, "The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law", *International Review of the Red Cross* 1999-835, s. 531-553.

⁷ 7. Madde (2i), 1998 Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, 2187 UNTS 90 (bundan böyle Roma Statüsü diye anılacak).

ihlallerde bulunanların sığınabileceği gri bölgelere işaret ediliyor. Bu temelde, IV. Kısım'da zorla kaybetme suçunun Avrupa bölgesinde ele alınmasını sağlayabilecek olası yasal mekanizma olarak uluslararası ceza adaletinin bölgeselleşmesi ele alınıyor. Kısa süre önce Afrika Birliği'nin adli sisteminde teklif edildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) yetki alanının genişletilmesi ciddi insan hakkı ihlallerinin cezasız kalması sorununu çözenin bir yolu olabilir. Tüm sorunları çözebilecek "her kalıba uygun" bir mekanizma mevcut değildir. Bu makale daha ziyade, zorla kaybetme suçu ile mücadele eden mevcut Avrupa insan hakları ve ceza adaleti sistemleri temelinde bir takım öneriler ortaya koyan bir ilk teşebbüs olarak görülmelidir. Burada her olası projenin prosedürel veçhelerine değinilmeyecek, zira bu konuyu elbette ayrı bir akademik çalışmada başlı başına ele almak gerekecektir.

I. Zorla Kaybetmelerin Mahkûm Edilmesi

Arendt'e kulak verelim: "Gerçek iktidar gizliliğin başladığı yerde başlar."⁸ Zorla kaybetme olgusu, özgürlükten yoksun bırakmaktan işkenceye ve "istenmeyen" bir kişinin yargısız infaz edilmesine kadar farklı (ama birbiriyle bağlantılı) cezai eylemleri kapsar.⁹ Eylemin gerçekleşmesi genelde belirli bir kalıbı izler: Önce devlet bağlantılı veya devletin tolere ettiği bir pratik veya politika vardır, ardından ise bu durum toplumun yerel adli idareye olan güveninin sarsılmasına ve inancının kaybolmasına neden olur.¹⁰ Kaybolan bireye dair genelde hiçbir kayıt tutulmaz ve sonrasında ne bir soruşturma yapılır ne de durumu açıklığa kavuşturmak üzere bir girişimde bulunulur.¹¹ Ölümün yaşandığı durumlarda, geride bedene ilişkin hiçbir iz bırakılmamaya çalışılır ve bunun için genelde *vuelos de la muerte*¹² veya bedenden geriye kalan parçaların yakılması gibi vahşi yollara başvurulur.¹³ Cezai hesap verilebilirlik açısından suçu kavramayı güçleştiren şey söz konusu olguyu çevreleyen sessizlik ve saklayışın kendine özgü doğasıdır.¹⁴ Suç oluşturan bu davranışların bileşimi zorla kaybetmeyi deyim

⁸ H. Arendt, *The Origin of Totalitarianism*, Cleveland/New York: Meridian Books – The World Publishing Company, 1958, s. 403.

⁹ *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, 29 Temmuz 1988 tarihli Karar, IACtHR Ser. C. No. 4, s. 150, 155, 158; T. Scovazzi & G. Citroni, *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 8-10, 267-284.

¹⁰ Örneğin bkz. IACtHR *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, supra not 9, s. 147 (b-d), 148; Scovazzi & Citroni, 2007, supra not 9, s. 7-8; AKPM Karar 1738 (2010), para. 8.

¹¹ Dönüm noktası niteliğindeki şu davalara bkz: IACtHR *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, supra not 9, s. 124, 178; *Kurt v. Turkey*, 25 Mayıs 1998 tarihli Karar, AİHM Raporları 1998-III, no. 74, s. 124-125, 128.

¹² ÇN: 'Vuelos de la muerte' ifadesi 'ölüm uçuşları' anlamına gelmektedir. Bu bir yargısız infaz yöntemidir. Arjantin'deki Kirli Savaş'ta askerler göz altına aldıkları insanları öldürdükten sonra hava araçları ile okyanusa atıyor, kişileri bu şekilde zorla kaybediyorlardı. Bu yargısız infaz şekline *vuelos de la muerte*, yani ölüm uçuşları adı verilmektedir.

¹³ Bkz. H. Verbitsky, *El Vuelo: Una Forma Cristiana de Muerte*, Buenos Aires: Espejo de la Argentina, 1995; *Blake v. Guatemala*, 24 Ocak 1998 tarihli Karar, IACtHR Ser. C. No. 36, s. 31; IACtHR *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, supra not 9, s. 157.

¹⁴ N. Roht-Arriaza, "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law", *California Law Review*, 1990-2, s. 455-456; AİHM *Kurt v. Turkey*, supra not 11, s. 125; Scovazzi & Citroni, 2007, supra not 9, s. 10; K. Anderson, "How effective is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Responsible for Acts of Enforced Disappearance?", *Melbourne Journal of International Law*, 2006-252, s. 267.

yerindeyse “mükemmel suç” haline getirir.¹⁵ Bir yandan, varlığı kabul edilmeyen ve uzattıkça uzatılan alıkoyma süreci kişisel hürriyet hakkının ciddi bir ihlalidir ve bu süreçte mağdur her türlü fiziksel kötü muameleye maruz kalır; öte yandansa, bu süreç kişinin ahlaki bütünlüğüne karşı elim bir saldırı teşkil eder.¹⁶ Herhangi bir adli teminatın olmaması durumu daha da kötüleştirir, mağdur savunmasız kalır ve insan haysiyetinin esas doğasını etkileyen en karmaşık ve feci insan hakkı ihlallerinden biri ortaya çıkmış olur.¹⁷ Zorla kaybetme suçu “failler kaybedilen kişilerin akıbetini ve nerede bulunduğunu saklamaya devam ettiği müddetçe” devam eden bir suç niteliği taşıyacaktır.¹⁸ Bu durumda ilgili yasal hükümler yürürlüğe girmeden evvel, hürriyetten mahrum bırakma gibi kimi suç unsurları işlenmiş olabilir, ama yasaların geçmişe dönük uygulanmaması ilkesi üzerinden hiçbir iddia öne sürülemez. Bunun sebebiyse söz konusu suçun “eşsiz ve konsolide bir edim” olarak tanınmış olmasıdır ki bu sayede yasal bir kurumun sırf ilgili yasal aracın yürürlüğe girmesinden sonra işlenmiş edimler üzerinde değil, bir bütün olarak zorla kaybetme olgusu üzerinde yargı yetkisi kazanması mümkün hale gelir.¹⁹ Bu doğrultuda, sıradan suçlar bağlamında göz önünde bulundurulmuş zamaşımı zorla kaybetme bağlamında farklı uygulanacak ve ancak suç sona erdikten sonra başlayacaktır.²⁰ Dolayısıyla, kaybetmenin başlatıldığı tarihten beri geçen zamana rağmen, mağduru yakınları iddialarını yetkili makama taşıyabilir, fail olduğu iddia edilen kişilerin kovuşturulmasını sağlayıp cezasızlığa karşı mücadeleyi güçlendirebilirler.

Zorla kaybetme suçunun parçalarını oluşturan çeşitli cürümleri ayrı ayrı ele almak tüm olgunun taşıdığı ağırlığı ve karmaşıklığı yeterince anlatmaz.²¹ Her ne kadar Hitler rejimi sırasında *Gece ve Sis Direktifi'nin* önde gelen figürü olan Alman Feldmareşal Keitel²² zorla kaybetme suçuyla ilgili edimlerden ötürü mahkûm edilmiş ilk kişiy olsa da, onun Nuremberg duruşmalarındaki mahkûmiyeti aslında savaş suçlarına dayanıyordu.²³ Dünyanın bu suçla sarsılması Latin Amerika'daki askeri diktatörlükler sırasında zorla

¹⁵ Scovazzi & Citroni, 2007, supra not 9, s. 10.

¹⁶ IACtHR *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, supra not 9, s. 156; OHCHR, Olgu Dökümü no.6/Rev. 3 (2009), supra not 2, s. 1.

¹⁷ Madde 1 (2) BM Beyannamesi: WGEID, “General Comment on the Right to Recognition as a Person before the Law in the context of Enforced Disappearances”, para. 1-2, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GCRecognition.pdf> (erişim tarihi 15 Aralık 2013); bkz. IACtHR *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, supra not 9, s. 155, 158; IACtHR *Blake v. Guatemala*, supra not 11, s. 66; AIHM *Kurt v. Turkey*, supra not 11, s. 123-125, 128.

¹⁸ Madde 17 (1) BM Beyannamesi.

¹⁹ BM Dok. A/HRC/16/48 (2011), “General Comment on Enforced Disappearance as a Continuous Crime”, para 39 (2-6).

²⁰ BM Dok. A/HRC/16/48/Add. 3 (2010), para 55 (bundan böyle WGEID Best Practices [2010] diye anılacak), para 55, BM Dok. E/CN.4/2001/68 (2001), “General Comment on article 17 of the Declaration”, para 27-32.

²¹ Scovazzi & Citroni, 2007, supra not 9, s. 296-297; WGEID Best Practices (2010), supra not 19, para. 11.

²² *Nacht und Nebel Erlass – Night and Fog Decree* “Office of United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, Nazi Conspiracy and Aggression” içinde, 7. Cilt, Doküman No. L-90, s. 873-874, http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Nazi_Vol-VII.pdf (erişim tarihi 15 Aralık 2013).

²³ UN Dok. E/CN.4/2002/71 (bundan böyle Nowak Raporu [2002] diye anılacak), para. 65; B. Finucane, “Enforced Disappearance as a Crime Under International Law: A Neglected Origin in the Laws of War”, *Yale University of International Law*, 2010-1, s. 175.

kaybetmelerin yaygın bir şekilde uygulanmasıyla oldu.²⁴ Bu olgusunun bir hayli ciddi ve benzersiz niteliği onun mevcut ulusal ve uluslararası yasal çerçevelerin ötesinde, nevi şahsına münhasır bir suç olarak nitelendirilmesini ve özgül yasal tedbirlere tabi tutulmasını gerektirmiştir.²⁵ İleride bu tür suçların yaşanmasını önlemek ve mağdurlar için yeterli telafi sunmak amacıyla, faillere bireysel cezai hesap verebilirliğin dayatılması gerek uluslararası gerekse ulusal düzeyde kuvvetli bir şekilde savunulmuştur.²⁶ “Kişilerin zorla kaybedilmesinin yasaklanması ve bunun devamı olarak sorumluların oluşturulup cezalandırılması yükümlülüğünün *jus cogens* (üstün hukuk) statüsü kazandığı” teslim edilmiştir.²⁷ Bu durum devletlere, ihlalcilerin cezasız kalmamasını sağlamak konusunda *erga omnes* (herkese karşı) yükümlülük getirir.²⁸ Bununla beraber, Sarkin’in de ileri sürdüğü üzere: “Yaptırım konusu ulusal düzeyde insan haklarının savunulması ve korunması açısından en büyük sorunlardan biri olmaya devam etse de, bunun pratikte ne anlama geldiği [neyin yaptırım niteliği taşıdığı] belirsizdir.”²⁹

Makalenin bundan sonraki kısımları uluslararası insan hakları ve ceza araçlarında, örneğin yeni yürürlüğe girmiş olan Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (ICED)³⁰ ve Roma Statüsü’nde hala mevcut olan kimi boşlukların, cezasızlığın ilerlemesinde, dolayısıyla bu araçların nihai hedefi olan adaletin tesisi ve korunması hedefleri karşısında mevcut yasal yaptırım sisteminin yetersiz kalmasında nasıl pay sahibi olabileceği gösteriliyor.

II. Mevcut Ulusal ve Uluslararası Ceza Adaletinin Gizli Tuzakları

II. 1. Ulusal Düzey: Kırılgan Güven Umudu

Failleri soruşturmanın en uygun yerinin ulusal mahkemeler olduğu düşünülür, ancak insan haklarının etkin bir yaptırım uygulanmak kaydıyla korunması hâlâ zorlu bir

²⁴ Nowak Raporu (2002), supra not 22, para. 65.

²⁵ BM Dok. E/CN.4/1996/38 (1995), para. 54; A. Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 176; WGEID Best Practices (2010), supra not 19, para. 10-11; L. Ott, *Enforced Disappearance in International Law*, Cambridge: Intersentia, 2011, s. 158.

²⁶ Girizgâh ve Madde 1, 3-4, BM Beyannamesi; Madde IV, ICAED; Madde 4, 7 ICED; Madde 7 (2i) Roma Statüsü; *Prosecutor v. Kupreskic v.d.*, Duruşma Hükmü, Dava No. IT-95-16-7.Ch, 14 Ocak 2000, para. 566, şurada doğrulandığı haliyle: *Prosecutor v. Kvočka v.d.*, Duruşma Hükmü, Dava No. IT-98-30/1-T, T. Ch., 2 Kasım 2001, para. 208.

²⁷ *Goiburú v.d. v. Paraguay*, 22 Eylül 2006 tarihli Karar, IACtHR Ser. C No. 153, s. 84; bkz. A. A. C. Trindade, “Enforced Disappearances of Persons as a Violation of *Jus Cogens*: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*, 2012, s. 507-536; J. Sarkin, “Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained ‘*Jus Cogens*’ Staus in International Law”, *Nordic Journal of International Law*, 2012-Özel Sayı, s. 537-583.

²⁸ Sarkin, 2012, supra not 26, s. 541-552; M. C. Bassiouni, “International Crimes: The Rationae Materiae of International Criminal Law”, Bassiouni, *International Law, Volume I: Sources, Subjects and Contents* içinde, 3. baskı, Leiden. Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 172-177.

²⁹ Sarkin, 2012, supra not 26, s. 550.

³⁰ 2006 Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, BM Dok. A/RES/61/177 (bundan böyle ICED diye anılacak).

meseledir, hele ki devlet bu suçu bizzat işleyen tarafsız.³¹ *Devletlerin aut dedere aut judicare (iade et ya da yargıla)* görevlerinin mantıksal uzantısı olan evrensel yargı yetkisi her ne kadar zorla kaybetme vakalarının cezasız kalmasına karşı verilen mücadelede hayati yasal tedbirler olarak görülmüşse de,³² ülke sınırları dışına uzatılmış böyle bir yargı yetkisini uygulamanın olası siyasi, yasal ve kanıt oluşturma zorlukları itibarıyla kimi dezavantajları vardır.³³

Faillerin etkin bir bireysel cezai hesap verebilirliğe tabi olması bakımından ICED'in uluslararası hukukta mevcut olduğu bilinen boşlukları kısmen doldurduğu teslim edilmiştir.³⁴ Diğer insan hakları sözleşmelerin aksine, ICED "en ayrıntılı ve gelişkin cezai yükümlülükler listesine" sahiptir.³⁵ Gelgelelim, Sözleşme tarafından teşvik edilen koruma düzeyinin, her anlaşma rejiminde olduğu gibi, devletlerin iradesine bağlı olduğu unutulmamalıdır.³⁶ Tek tek her devlet, kendilerini bağlayan uluslararası hukukun bağlamını yorumlayıp bir karara varırlar. İç ceza sistemine ilgili uluslararası normlar yeterince dahil edilemezse yargılamaların başarısı akamete uğrar, hele ki zorla kaybetme vakasının kendine özgü doğası tanınmadığında bu başarısızlık daha da artar.³⁷

Olası fail kategorileri bakımından, ki genelde yalnızca devlet ajanlarıyla ilişkilendirilirler, ICED'in 3. Madde'si devletle hiçbir bağlantısı olmayan özel bireyleri de kapsar. Ne var ki bu hüküm devlet-dışı aktörlere hiçbir sorumluluk yüklemeyi ve ilgilidavranışı soruşturmakla ilgili öncelikli olarak devletin görevlerini sayar.³⁸ Buna karşın bugün devletlerin "artık uluslararası hukukun tek öznesi olmadığı" kabul edilmektedir:³⁹ Özel entiteler de menfur suçlar işleyebilirler.⁴⁰ Bu minvalde, suç tanımlanırken "kendinden menkul isyan güçleri, özel milisler ve hatta özel işletme teşebbüsleri" gibi, temel insan

³¹ A. Cassese, "The Rationale for International Criminal Justice", A. Cassese, *The Oxford Companion of International Criminal Justice* içinde, Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 123-125; Anderson, 2006, supra not 13, s. 267, 275; Sarkin, 2012, supra not 26, s. 548-549.

³² WGEID Best Practices (2010), supra not 19, para. 59.

³³ Cassese, 2009, supra not 30, s. 123-125; D. Hoover, "Universal jurisdiction not so universal: time to delegate to the International Criminal Court?", *Eyes on the International Criminal Court 2011/2012-1*, s. 89-98; Aim for Human Rights, *Using Law Against Enforced Disappearance*, 2009, s. 135-136, http://www.ediec.org/uploads/media/Using_Law_against_Enforced_Disappearances_English.pdf (erişim tarihi 15 Aralık 2013); K. Sikkink, *The Justice Cascade*, New York: Norton 2011, s.123; ayrıca bkz. M. Kirby, "Universal Jurisdiction and Judicial Reluctance: A New Fourteen Points", S. Macedo, *Universal Jurisdiction: National Courts And the Prosecution of Serious Crimes Under International Law* içinde, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2004, s. 240-260.

³⁴ Anderson, 2006, supra not 13, s. 266-277.

³⁵ Seibert-Fohr, 2009, supra note 24, s.176; şu maddelere bkz. 4, 6-8, 11,14-15 ICED.

³⁶ Sarkin, 2012, supra not 26, s. 548-549; A. Bianchi, "State Responsibility and Criminal Liability of Individuals", s.22 ve N. Boister, "Treaty-Based Crimes", s. 542, A. Cassese, *The Oxford Companion of International Criminal Justice* içinde, Oxford: Oxford University Press 2009.

³⁷ Sarkin, 2012, supra not 26, s. 549; Aim for Human Rights, 2009, supra not 32, s.131-133.

³⁸ Madde 3 ICED; Anderson, 2006, supra not 13, s. 274; Ott, 2011, supra not 24, s. 202; AKPM

Kararı 1868 (2012), para.6.2.1; AKPM Raporu 12880 (2012), para. 28, 65.

³⁹ BM Dok. E/CN.4/2005/66 (2005), para. 30.

⁴⁰ UCM *Situation in the Republic of Kenya*, supra not 5, para. 90, 92; örneğin bkz. BM Dok. E/CN.4/2005/65/Add.1 (2005), para. 25, 29.

değerlerini çiğneyebilen devlet-dışı aktörlerin müdahilliğine ve doğrudan kriminalleşmesine de ayrıca kafa yormak gerekir.⁴¹

Dahası, olası dokunulmazlık taleplerinden ötürü ulusal düzeyde bireysel yargılamaların önüne engeller çıkabilir. Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Çalışma Grubu “kaybetme vakalarının faillerini hesap verebilirlikten bağışık kılan hiçbir yasa veya kararnamenin çıkarılmaması, muhafaza edilmemesi gerektiği”ni vurgulamıştır.⁴² Ancak ICED, bu konuda hiçbir yasağa göndermede bulunmayarak misyonunu ve cezasızlığa son verme amacını zayıflatır.⁴³ Uluslararası hukukun bu durumu göz önünde bulundurulduğunda, devlet yetkilileri uluslararası suçlarla itham edildiklerinde bile ulusal mahkemelerce kişisel dokunulmazlıklarına saygı gösterilmesi gerekir ve böylece yerel mahkemelerin huzurunda yargılanmaları imkânsızlaşır.⁴⁴ İşlevsel dokunulmazlıklarda iş değişir. *Pinochet davası*’nda olduğu gibi, uluslararası suçlara tekabül eden edimler bireyin resmi işlevlerinin bir parçası olarak görülmediği andan itibaren, *rationae materiae* (konu bakımından yargı yetkisi) hiçbir dokunulmazlığa başvurulamaz.⁴⁵ Aynı şey genel aflar için de geçerlidir. Zorla kaybetme vakaları söz konusu olduğunda genel af yasalarının geçersiz olduğu teslim edilmiştir,⁴⁶ ancak buna rağmen ICED bu konuda hâlâ sessizdir ve bu durum ciddi insan hakkı ihlallerinin cezasız kalmasına karşı verilen mücadelede uluslararası hukukun mevcut eğiliminde “bir geri adım”a denk gelmektedir.⁴⁷ Ne var ki, eğer zorla kaybetme yasağı *jus cogens* olarak değerlendirilirse⁴⁸, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin *Furundzija*’daki işkence vakalarında genel afların geçersizliği hususunda benimsediği anlayışın aynısı göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁹ Dahası, zorla kaybetmenin devlet ajanlarının dahiliyetini içerdiği şeklindeki temel varsayım istinaden, askeri mahkemeler tarafsız olmadıkları gerekçesiyle “yetkili mahkemeler” tanımının genelde dışında tutulmuştur.⁵⁰ Ne var ki ICED, askeri

⁴¹ AKPM Raporu 12880 (2012), para. 28, 65, 76; AKPM Kararı 1463 (2005), para. 10.1.1;

Scovazzi & Citroni 2007, supra not 9, s. 278-280; Nowak Raporu (2002), supra not 22, para. 73.

⁴² BM Dok. E/CN.4/1994/26 (1993), para. 45 (g); WGEID Best Practices (2010), supra not 19, para. 47; aynı minvalde, AK Sekreteri General Raporu, SG/Inf (2006) 5, 28 Şubat 2006, para. 71.

⁴³ AKPM Raporu 12880 (2012), para. 68.

⁴⁴ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 14 Şubat 2002 tarihli Yargı, [2002] ICJ Rep., s.3, 23, 25’te, para. 54-55, 58; bkz Akande & Shah 2010, supra not 4, s. 818-820.

⁴⁵ *R. v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet (No.3)* [1999] 2 All ER 971; *R. v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet (No.1)* [1998] 4 All ER 897; bkz. Akande & Shah 2010, supra not 4, s. 825-82.

⁴⁶ Bkz. *Barrios Altos v. Peru*, 14 Mart 2001 tarihli Karar, IACtHR Ser. C. 83, 41-44, 51’te; Madde 18 BM Beyannamesi; BM Dok. E/CN.4/2006/56 (2005), para. 49 (2a,c,d); BM Dok. A/HRC/5/7 (2007), para. 20; WGEID Best Practices (2010), supra not 19, para. 48-51.

⁴⁷ AKPM Raporu 12880 (2012), para. 67; BM Dok. E/CN.4/2005/65 (2004), para. 43.

⁴⁸ IACtHR *Goiburú et al. v. Paraguay*, supra not 26, 84’te; Sarkin, 2012, supra not 26; Trindade, 2012, supra not 26, s. 507-536.

⁴⁹ Bkz. *Prosecutor v. Furundzija*, Duruşma Hükümü, Dava No. IT-95-17/1-T, T. Ch., 10 Aralık 1998, para. 155.

⁵⁰ Madde 16 (2), BM Beyannamesi; Madde IX, IACED; BM Dok. E/CN.4/2005/102/Add.1 (2005), İlke 29; WGEID Best Practices (2010), supra not 19, para. 57-58; Nowak Raporu (2002), supra not 22, para. 82; *Pueblo Bello v. Colombia*, 25 Kasım 2006 tarihli Karar, IACtHR Ser.

mahkemelerin bu konuda uygun merciler olmayışına değinmeden ve meseleyi yine devletin yorumuna bırakır ve “yasayla tesis edilmiş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme”ye atıfta bulunmakla yetinir.⁵¹

Bu da bizi şu sonuca götürmektedir: Ulusal adalet yaptırımı – ilkesel olarak - ICED’in dayattığı yükümlülüklerle uyum içinde olsa da, adaletin çıkarlarının ulusal düzeyde tam olarak gözetilmeyebileceği riski devam etmektedir. Sorun sırf yasal araçların bıraktığı boşluklarda değildir: Bu insan hakkı yükümlülüklerinin doğasına kadar gider bu sorundur. Devletin yargılama görevini yerine getirmede olduğu durumda, insan hakları hukuku böyle bir davranışı sözleşme yükümlülüklerinin ihlali olarak görür. Bu durumda, failin *bizatihi* bireysel cezai hesap verebilirliği aranmadan, ulusal sistemin bu ihlal durumunu düzeltip adaleti sağlayacağı doğrultusunda *bona fide* (iyi niyetli) inanca bel bağlanır.⁵² Fakat devletler bu tür beklentileri her zaman karşılamayabilirler. Bir insan hakları mahkemesinin verdiği bir hükümden doğan yükümlülüklere uyulmadığı takdirde failer cezasız kalırlar, ve bu adalet yolunda kendilerini bir açmazın içinde bulan mağdurlara karşı büyük bir ayıptır.

II.2. Uluslararası Düzey: Adaletin Sınırlı Olanakları

Zorla kaybetme, toplum tarafından genelde devlet iktidarının bir aşırılığı olarak algılanmış ve bu aşırılık devlet ajanları tarafından ulusal güvenlik gerekçesiyle meşrulaştırılmıştır.⁵³ Her ne kadar devletin kendi toprakları içinde güvenliği sağlamaya dönük yasal hakkı olsa da, yetkisi sınırsız değildir: “Devlet hukuka ve ahlaka tabidir. İnsan haysiyetine saygısızlık hiçbir Devlet eyleminin temeli olamaz.”⁵⁴ Devletin bir bireyin kaybedilmesine doğrudan dahil oluşu, sahici soruşturmaların açılmasındaki gönülsüzlüğünün ve failerin etkili şekilde kovuşturulmamasının arkaplanında yatan sebeptir.⁵⁵ Gelgelelim, devletin suçların işlenmesine doğrudan dahil olmadığı, ama kendi sınırları içinde adaletin somut olarak sağlanmasında fazla zayıf kaldığı zamanlar da olabilir. UCM gibi uluslararası kurumların müdahalesini tetikleyen şey ihlal edenlerin yargılanmasında sergilenen bu tür gönülsüzlük veya acizliklerdir.⁵⁶ Bununla beraber, şayet ulusal mahkemeler ceza adaletinin uygulanmasını tam olarak sağlayamazlarsa, uluslararası düzeyde zorla kaybetme edimlerine yönelik mevcut kovuşturma sistemi de ideal alternatifi temsil etmeyecektir.

C No. 140, 193’te; *Incal v. Turkey*, 9 Haziran 1998 tarihli Karar, AİHM App. No. 22678/93, 68, 72-73’te; Uluslararası Jüri Üyeleri Komisyonu, *The Right to a Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations - A Practitioners Guide*, 2006, Practitioners Guide No. 2, s.174.

⁵¹ Bkz. Madde 11 ICED; AKPM Raporu 12880 (2012), para 70; Ott, 2011, supra not 24, s. 232.

⁵² V. Dimitrijevi, “Dimensions of State Responsibility for Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms following the Introduction of Democratic Rule”, Hollanda İnsan Hakları Enstitüsü (SIM): Özel 12, Maastricht, 1992, s. 214.

⁵³ Scovazzi & Citroni 2007, supra not 9, s. 246; AKPM Kararı 828 (1984), para. 2; BM Dok. Kar. 33/173 (b) (1978).

⁵⁴ IACtHR *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, supra not 9, para, 154.

⁵⁵ AKPM Raporu 12880 (2012), para 57; Sarkin, 2012, supra not 26, s. 549, devletlerin zorla kaybetme vakalarını ele almaktaki siyasi gönülsüzlüğüne dair.

⁵⁶ Madde 17, Roma Statüsü.

Uluslararası ceza hukuku bağlamında, UCM'nin zorla kaybetme eylemleri üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu tek zaman, bu eylemlerin insanlığa karşı suça tekabül eden yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlendikleri zamandır.⁵⁷ Öte yandan suçun genelde bu tür bağlamsal gerekliliklerin dışında vuku bulduğu kabul edilmektedir.⁵⁸ Fakat kriterler UCM'nin yargı yetkisi menziline sınırlamakta, hal böyle olunca UCM zorla kaybetme suçlarının mağduru olmuş herkese adalet sağlayamamaktadır. Buna ilaveten, Roma Statüsü'nde düzenlenen uluslararası suçlar daha çok devletin veya devlet benzeri örgütlerin halka karşı kanuna aykırı olarak uyguladığı baskıyla ilişkilendirilmiştir.⁵⁹ Bununla beraber teslim etmek gerekir ki UCM, devlet benzeri yapısı olmayan veya devletle hiç bir bağı olmayan entitelerin de temel insan değerlerini çiğneyebileceğini, bunların kendi yetki alanına girdiğini, insanlığa karşı suçları ele alan Madde 7(2a) çerçevesinde belirterek bizzat bu anlayışın genişletilmesine katkıda bulunmuştur.⁶⁰ Özel entitelerin de menfur suçlar işleyebileceği ve bu suçların genelde sır perdesiyle örtülü olduğu, dolayısıyla suçu işleyen devletin müdahilliği olup olmadan hareket ettiğinin iddia edilmesinin zor olduğu göz önünde bulundurulduğunda,⁶¹ UCM'nin benimsediği yeni yaklaşım zorla kaybetme vakalarına da uygulanabilir. Böylece UCM'nin (yalnızca devlet yetkililerini veya devletle veya siyasi örgütlerle bağı olan bireyleri ele alan) Madde 7(2i)'de düzenlenen yargılama menzili genişlemiş ve olası faillerin kendi yargı yetkisi içinde ele alınabileceği daha kapsamlı bir anlayışa ulaşılmış olur.

Gelgelelim, Roma Statüsü'nün zorla kaybetme faillerinin kovuşturulması için gerekli bulunduğu yüksek kasıt düzeyi (*dolus specialis* – *özel kast*) UCM'nin uygulanmasını son kertede baltalayabilir. Madde 7(2i)'ye göre, suçu işleyen "mağduru belirli bir süre boyunca yasanın korumasından koparma" niyeti olmuş olması gerekir.⁶² Fail(ler)in suçun işlendiği sırada böyle bir kastı olduğuna dair kanıt sağlamak için savcının

⁵⁷ Bkz. Madde 7(2i), Roma Statüsü; ILC Raporu, BM Dok. A/51/10 (1996), s. 100 -111.

⁵⁸ WGEID Best Practices (2010), supra not 19, para. 16; Anderson, 2006, supra not 13, s. 258; F. Andreu-Guzman, "The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance", *Review of International Commission of Jurists* içinde, "Impunity, Crimes Against Humanity and Forced Disappearances" sayısı, N.62-63, Cenevre, Eylül, s. 5, internet versiyonu: http://www.icaed.org/fileadmin/user_upload/ArtFedericoENG.doc (erişim tarihi 15 Aralık 2013).

⁵⁹ G. Werle, "General Principles of International Criminal Law", s.55, A. Cassese, *The Oxford Companion of International Criminal Justice* içinde, Oxford: Oxford University Press 2009; Cassese 2009, supra not 30, s.124.

⁶⁰ UCM *Situation in the Republic of Kenya*, supra not 5, para. 90: "Bir grubun biçimsel doğası ve örgütlenmesinin düzeyi tanımlayıcı ölçüt olmamalıdır. Bilakis [...] grubun temel insan değerlerini çiğneyen edimleri icra etme olanakları olup olmadığı noktasında bir ayırım yapılmalıdır [...] Para. 92: "Bir Devletle bağlantılı olmayan örgütler, Statü'nün hedefleri doğrultusunda, sivil bir nüfusa karşı bir saldırı düzenlemeye dönük bir politikayı geliştirip icra edebilir."

⁶¹ Scovazzi & Citroni 2007, supra not 9, s. 278; Nowak Raporu (2002), supra not 22, para. 73; AKPM Raporu 10679 (2005), para. 46.

⁶² Madde 7(2i), Roma Statüsü.

omuzlarında büyük bir yük olacaktır.⁶³ Suçun ilk edimi olarak, hürriyetten yoksun bırakma edimini işleyen kişi mağdurun akıbetini her zaman bilemez, hele ki söz konusu kişi birden fazla farklı aktörün dahil olduğu hiyerarşik bir örgütlü sistemin parçasıysa bu belirsizlik daha fazla olur.⁶⁴ Dahası, tüm failerin mağduru “uzun bir süre boyunca” yasanın korumasından koparma niyeti olmaz. Böyle bir sürenin ne uzunlukta olacağı, devletlerin takdirine ve korumanın muhtemel kötüleşmesi ihtimaline açık bir şekilde tanımsız bırakılmıştır.⁶⁵ Bu minvalde, bir birey kaybetmeye yalnızca sınırlı bir süre boyunca yol açma kastına sahip olduğu savıyla masum olduğunu rahatlıkla iddia edip ceza almayabilir.⁶⁶ Bu nedenlerden ötürü, UCM’nin yargı yetkisi ancak “sahiden istisnai koşullarda” başlayacaktır. Bu da, şayet suçun vuku bulmasını bilfiil caydıracak bir ceza yasası mekanizması hedefleniyorsa, zorla kaybetmenin daha kapsamlı bir tanımına duyulan ihtiyacı ortaya koymaktadır.⁶⁷ Dahası, Roma Statüsü, UCM’nin devreye soktuğu adli takibatı engellediği düşünülebilecek genel afların yasallığı hususunda da sessizdir. Her ne kadar bu kendi misyonuna ve uluslararası suçların cezasız kalmasına son verme amacına aykırı gibi görünse de, Roma Statüsü içinde genel afların kabulü yönünde yorumlanabilecek hükümler tanınmaktadır.⁶⁸

Zorla kaybetmeler gibi ciddi insan hakkı ihlalleri söz konusu olduğunda, bireyleri eylemlerinden cezai açıdan sorumlu tutan etkili bir ceza adaleti sistemini oluşturma çabası muhakkak üzerinde uğraşılması gereken olmazsa olmaz bir gerekliliktir. Ulusal ve uluslararası düzey arasında gri bir bölge açık bir şekilde mevcuttur ve bu mağdurlar ile onların yakınlarının adalete erişiminin teminat altına alınması önünde bir engeldir. Eğer devletler etkili yargılamanın her zaman güvenilir forumları değilse ve UCM ancak söz konusu eylemler yüksek tutulan temel suçlar eşiğine ulaştığında yetkili hale geliyorsa, akla ister istemez şu soru geliyor: Bu eşğin altında kalanlar diğer zorla kaybetme vakaları hangi yasal çerçeve içinde en uygun şekilde ele alınabilir?

III. Alternatif Bir Yargı Yetkisi Düzeyi Bulma Arayışı: Avrupa’da Uluslararası Ceza Yasasının Uygulanmasını Bölgeselleştirmek

“Adalet olmadan barış, hukuk olmadan adalet ve herhangi bir durumda neyin adil ve yasaya uygun olduğuna karar verecek bir mahkeme olmadan anlamlı bir hukuk

⁶³ Nowak Raporu (2002), supra not 22, para. 74; Scovazzi & Citroni 2007, supra not 9, s. 257; M. Wierda & T. Unger, “Enforced Disappearances”, A. Cassese, *The Oxford Companion of International Criminal Justice* içinde, Oxford: Oxford University Press 2009, s. 309.

⁶⁴ Nowak Raporu (2002), supra not 22, para. 74; AKPM Raporu 10679 (2005), para.47.

⁶⁵ Scovazzi & Citroni 2007, supra not 9, s. 273; Andreu-Guzman, 2001, supra not 57, s. 8-9.

⁶⁶ Scovazzi & Citroni 2007, supra not 9, s. 276.

⁶⁷ Nowak Raporu (2002), supra not 22, para 74; BM Dok. A/HRC/7/2 (2007), para. 26 (para 5).

⁶⁸ Bkz. Girizgâh, Madde 16-17, 53, Roma Statüsü; J. E. Alvarez, “Alternatives to International Criminal Justice”, A. Cassese, *The Oxford Companion of International Criminal Justice* içinde, Oxford: Oxford University Press 2009, s. 37; Dwight G. Newman, “The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and a Distributive Problem”, *American University International Law Review* 2005-2, s. 293-357.

olamaz.”⁶⁹ Nuremberg duruşmalarının eski savcısı ve bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasının hararetli savunucusu olan Benjamin Ferencz’in bu sözleri, bir yargı biriminin tesis edilmesinin önemini özlü bir şekilde ortaya koyuyor. Uluslararası ve ulusal düzeylerde ceza adaletinin uygulanmasında ne kadar ilerleme sağlanırsa sağlansın, ciddi suçları işleyen failer hâlâ cezasız kalabilmektedir.⁷⁰ Buna karşılık, UCM’nin ilgili konuyu ele alamadığı durumlarda ceza adaletini uygulayacak yeni birimlerin yaratılabileceği kabul edilmektedir.⁷¹ Uluslararası suçlar tanımları itibariyle bireylere karşı yapılmış ama toplumu bir bütün olarak etkileyebilecek büyüklükteki menfur saldırılardır; lâkin, bu tür eylemlerin işlenmesiyle ortaya çıkan somut etkiler, haliyle suçların gerçekleştiği bölgede daha derindir.⁷² Bölgesel birimler daha çok insan haklarının korunması ve ekonomik çıkarların ilerletilmesiyle özdeşleşmeler de, geleceğe yönelik adaletin teşvik edilmesindeki asli bir rolleri de kabul edilmektedir.⁷³

Ceza adaleti yaptırımı olan bölgesel bir mekanizma, tanımlı bir bölgenin parçası olan, tek bir kimlik halinde ve uluslararası bir kurumda kabul edilen tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleriyle hareket eden tüm devletler adına, ağır suç işleyenleri yargılayabilen muhtemel bir forum anlamına gelecektir.⁷⁴ Bu forumun esas hedefi, uluslararası yargılamalar ile ulusal yargılamalar arasındaki cezasızlığa yol açan aralığı daraltmak; devlet ajanlarınca veya – devletin ele almaya gönülsüz olduğu yahut tek başına etkili şekilde ele alamadığı – özel entitelerce işlenmiş ciddi suçların cezasız kalmasını engellemek olacaktır. Burke-White’in dediği gibi, böyle bir forum “ulusal devlet ile uluslararası sistem arasında eşsiz bir orta noktayı” temsil edecek ve “gerek ulus-üstü gerekse ulusal uygulamanın fayda ve risklerini dengelemek adına bugüne kadar hiç varolmamış bir araç” olacaktır.⁷⁵ Aşağıdaki paragraflarda izah edileceği üzere, zorla kaybetme bölgesel bir cezai yaptırım biriminde ele alınması en uygun suçlardan biridir. Elbetteki uluslararası ve ulusal yasal enstürmanlar arasındaki boşluk, suçla etkili mücadelede başka araçlara duyulan ihtiyacın gerekçesidir, i ancak bu yöndeki tek saik bu değildir.

Bir bireyin şüpheli bir şekilde gözden kaybolması zorla kaybetme suçunun hakiki özünü teşkil etmekle beraber, suçun yol açtığı sonuçlar ona doğrudan maruz kalan mağdurların hayatlarının da ötesine geçer.⁷⁶ Kaybedilen kişiye dair hiçbir delil bulunmadığında

⁶⁹ B. Ferencz, “The Coming of International Law and Order”, Whole Earth Papers No. 14, 1980, Global Education Associates, internet versiyonu: <http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=31> (erişim tarihi 15 Aralık 2013).

⁷⁰ Alvarez, 2009, supra not 67, s. 25.

⁷¹ Cassese, 2009, supra not 30, s. 130; örneğin bkz. N. Boister, “International Tribunals for Transnational Crimes: Towards a Transnational Criminal Court?”, *Criminal Law Forum* 2012-4, s. 312-318 ve “Treaty Crimes, International Criminal Court?”, *New Criminal Law Review* 2009-3, s. 341-365.

⁷² W. Burke-White, “Regionalization of International Criminal Law Enforcement: A Preliminary Exploration”, *Texas International Law Journal* 2003-4, s. 733.

⁷³ A.g.e., s. 749.

⁷⁴ Bkz. Cassese, 2009, supra not 30, s. 127.

⁷⁵ Burke-White, 2003, supra not 71, s. 730.

⁷⁶ K. Ambos ve M.L.Böhm, “La Desaparicion Forzada de Personas como Tipo Penal Autonomo: Analisis Comparativo-Internacional y propuesta legislativa”, K. Ambos v.d., *Desapacion Forzada de Personan: Analisis Comparativo-Internacional* içinde, Bogotá: Editorial Temis S.A. 2009, s. 245.

geriye sadece umut kalır. Umut da çabucak kaybolduğunda, mağdurun ailesinin ve yakınlarının hayatı temenni ve korkunun birbirine karıştığı bir ruh halinde askıda kalır. Bu, sevdiklerini bir kez bile olsa tekrar görme temennisi ve akıbetlerini bilememenin yarattığı onları ilelebet kaybetmiş olma korkusudur. Sabırla bekleme süresi günlerce, aylarca, yıllarca ve hatta ilelebet sürebilir.⁷⁷ Suçtaki gaddarlık işte burada kök salmıştır. İnsan hakları kurumları, aşırı derecede acı veren bu halin kendisinin aşağılayıcı ve insanlıkdışı bir muamele teşkil ettiğini belirtmiş, kaybolan kişinin ailesinin de suçun mağduru olduğunu ileri sürmüştür.⁷⁸ Devlet yetkililerinin hiç soruşturma açmamasından, açsa bile yetersiz kalmasından kaynaklanan acziyet ve hüsrana hissi, bu hisleri artırabilecek tehditler, tacizler ve yargılamayı kesmeye yönelik dolaylı baskılar⁷⁹, bu kişilerin teneffüs ettiği kederi her an daha da artırır.⁸⁰

Ne var ki tek mağdur kaybedilenlerin akrabaları ve dostları da değildir. Bu suç genelde halk arasında terör ve kaygı yaymaya dönük, o bölgedeki topluluğunun tümünü etkileyen bir silah olagelmıştır.⁸¹ Anderson bunu şöyle izah eder: “Zorla kaybetmeler siyasi muhalifleri bastırmak, baskıcı siyasi rejimleri muhafaza etmek ve bölgesel düzeyde huzur ve güvenliğe tehdit oluşturmakta kullanılmıştır.”⁸² Yıllar boyunca böyle bir gerilim hali içinde yaşayınca, kaybolan bireyleri yaşarken bir daha görme umudu pek kalmaz: Geride kalan tutunmaya değer tek arzu hakikatin ortaya çıkarılması ve suç işleyenlerin hem doğrudan mağdur olanlar hem de toplumun geneli adına cezalandırılmasıdır. Bu gerekçeler, bir bölgesel kurumu ulusal ve uluslararası adalet düzeni içinde en uygun alternatif haline getirebilir. Zira böyle bir kurum suçu işlendiği bağlam içinde ele alabilir ve bu suçun dehşetine tanık olmuş topluma sahici bir çözüm hissini verebilir. Adli yaptırım mekanizmasının suça ve suçtan etkilenen topluma fiziksel olarak yakınlığı onarıcı adaletin ve adli yeniden yapılanmanın teşvik edilmesi bakımından bir hayli önemlidir.⁸³ Böyle bir ulus-ötesi otoritenin mevzubahis devletlerin toplumsal ve siyasal bağlamını sahiden anlayıp buna karşılık verebileceğine, bu devletlerin öncelik ve değerlerinin gözardı edilmemesini sağlayacağına inanılır.⁸⁴ Bölgesel bir ceza mahkemesi tam da böyle bir noktada, hem failerin cezasız kalmadığı bir uzlaşma forumu, hem de topluluğun geneli için bir tarihsel-toplumsal hakikat anlatımı olması itibarıyla hayati hale gelir.

⁷⁷ OHCHR, Olgı Dökümü, No.6/Rev. 3 (2009), supra not 2, s. 1.

⁷⁸ Nowak Raporu (2002), supra not 22, para. 77, 95; AKPM Raporu 12880 (2012), para. 39; başkalarının yanı sıra, bkz.: IACtHR *Blake v. Guatemala*, supra not 12, 114-116’da; AİHM *Kurt v. Turkey*, supra not 11, 133-134’te; *Cyprus v. Turkey*, 10 Mayıs 2001 tarihli Karar, AİHM Appl. No. 25781/94, 156-157’de.

⁷⁹ Örneğin bkz. AKPM Raporu 12276 para. 27; *Akdivar and Others v Turkey*, 16 Eylül

1996 tarihli Karar, AİHM Raporları 1996-IV, 105’te; AİHM *Kurt v. Turkey*, supra not 11, 158 -165’te.

⁸⁰ Bkz. IACtHR *Blake v. Guatemala*, supra not 12, 114’te; AİHM *Kurt v. Turkey*, supra not 11, 133-134’te; AİHM *Cyprus v Turkey*, supra not 77, 156-157’de.

⁸¹ Ambos & Böhm, 2009, supra not 75, s.245; Scovazzi & Citroni, 2007, supra not 9, s. 8; Nowak Raporu, (2002), supra not 22, para. 95; Andreu-Guzman, 2001, supra not 57, s.3; OHCHR, Olgı Dökümü No.6/Rev. 3 (2009), supra not 2, s.2; Roht-Arriaza, 1990, supra not 13, s.455.

⁸² Anderson, 2006, supra not 13, s. 260 (başka alıntılarla birlikte).

⁸³ Burke-White, 2003, supra not 71, s. 734-736.

⁸⁴ R. Burchill, “International Criminal Tribunals at the Regional Level: Lessons from International Human Rights Law”, *New Zealand Yearbook of International Law* 2007-3, s. 39; Burke-White, 2003, supra not 71, s. 736-738.

Üye devlet sayısının sınırlı olduğu, yerel toplumla daha yakın bağları olan bölgesel bir kurum, görülen davaların seçici olduğu yönündeki, UCM'nin genelde Afrikalıların yargılamasına odaklandığı yönündeki eleştiriye⁸⁵ benzer eleştirilerin de gerekçesini ortadan kaldırabilir.⁸⁶ Mağdurların ve tanıkların gerçek sesi olmak ve onların bölgesel mahkemenin işleyişine etkin olarak katılmasını sağlamak hakikatin daha süratli keşfedilmesini ve faillerin hesap verebilmesini kolaylaştırabilir. Mağdurların ve toplumun bir bütün olarak sessizce acı çekmesine müsaade etmez ve onların adaletin sağlanması sürecine katılmalarını sağlarsa, bölgencilik "uluslararası hukukun demokratikleştirilmesi"ni zenginleştiren bir olgu olarak algılanabilir.⁸⁷ Bu meşruiyet algısını arttırarak, devletlerin mahkemeyi "yabancı bir ajan" gibi görmeyi bırakıp hukuku uygulamaya yatkın davranış sergilemelerine yol açabilir.⁸⁸ Bölgesel bir mahkeme daha az siyasi manipülasyona ve uyuşmazlığa maruz kalacak, suçluların iadesi ve yargılanması süreçlerini daha az zahmetli kılacaktır.⁸⁹ Çoğu zaman kaybedilen kişi aileyi geçindiren kimsedir, ve tüm kaynaklar onu bulmaya harcandığı vakit bu durum aile açısından sorunun çözümü yolunda çekilen sıkıntıları artabilir.⁹⁰ Bölgesel düzeydeyse adli kaynaklara erişim çok daha kolay olacaktır. Bu kaynaklar bölgenin yasal geleneklerine daha kolay uyarlanabilirler⁹¹ ve böylece gerek maliyet gerekse zaman bakımından bireyler için erişim çok daha kolay olur.⁹² Bölgesel ihtiyaçların ortaya çıkma süreçleriyle uyum halinde olan bu birim, uluslararası normların çıkarılmasına dönük tasarıların geliştirilmesini de teşvik edebilir ve böylece zorla kaybetme ile ilgili düzenlenmelerde mevcut olduğu bilinen boşlukların doldurulmasını sağlayabilir.⁹³

Bunun somut olarak gerçekleşmesinin önündeki temel engel, aynı zamanda mevcut uluslararası ceza adaleti sisteminin etkin çalışmasını da zayıflatan nedenlerden olduğunu bildiğimiz devlet egemenliği meselesidir.⁹⁴ Gelgelelim II. Dünya Savaşı'nın ardından bütünleşik bir bölgesel Avrupa topluluğunun aşama aşama şekillendiği süreç, barış, hukukun üstünlüğü, insan haklarının korunması, suçlara karşı ortak mücadele ve ekonomik istikrar için devletlerin kendi çıkarlarını nasıl bir kenara koyabildiğini bize somut olarak göstermektedir. Avrupa düzeyinde cezai konularda esaslı hiçbir yaptırım mekanizması bulunmamakta, bu da ilgili herhangi bir konunun etkin bir şekilde ele

⁸⁵ Bkz. UCM Forumu, Current Question on Africa: "Is the International Criminal Court (ICC) targeting Africa inappropriately?", Mart 2013 – Temmuz 2013 dosyası, <http://iccforum.com/africa> (erişim tarihi 15 Aralık 2013).

⁸⁶ Bkz. Burchill, 2007, supra not 83, s. 38.

⁸⁷ Burke-White, 2003, supra not 71, s.737; BM Dok. A/47/277-S24111 (1992), para. 64.

⁸⁸ Burke-White, 2003, supra not 71, s. 736; Burchill 2007, supra not 83, s. 39.

⁸⁹ Burke-White, 2003, supra not 71, s. 741-743.

⁹⁰ OHCHR, Olgu Dökümü NO.6/Rev. 3 (2009), supra not 2, s. 2-4.

⁹¹ Burke-White, 2003, supra not 71, s. 739-741.

⁹² A.g.e., s. 738-739.

⁹³ A.g.e., s. 758; Burchill, 2007, supra not 83, s.41; S. Freeland, "The Internationalization of Justice - A Case for the Universal Application of International Criminal Law Norms", *Zealand Yearbook of International Law* 2007-4, s. 59, 65.

⁹⁴ A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2003, s. 446.

alınmasına yönelik asli görevi üye devletlere bırakmaktadır. Avrupa Adalet Divanı ve AİHM elbette bölgedeki halihazırda etkin olan güçlü adli mekanizmalardır, ancak bunlar devletlerin sözleşme yükümlülüklerinde yapıldığı iddia edilen ihlallere ilişkin hüküm vermenin ve kararların uygulanmasında yerel yetkilileri denetlenmenin ötesine geçmemektedirler.

<< Orijinal makaledeki baskı hatasından dolayı bu cümlelerin başındaki kısa bölüm çevrilememiştir >> ... AB'den daha fazla tercih edilmesinin nedeni daha geniş bir yargı yetkisinin olması, bu kapsamda özellikle zorla kaybetme suçunun hâlâ devam ettiği ve toplumun geneli için kaygı uyandıran bir sorun olduğu Rusya ve Türkiye gibi, AB üyesi olmadığı için AB'nin adli sisteminin dışındaki devletleri de içermesidir. Bölge topluluklarının hak ve özgürlüklerini devletin yanlış davranışlarından koruması sebebiyle AİHM'in "Avrupa'nın Vicdanı"nı⁹⁵ olduğu gibi bir algı olsa da, devletlerin hâlâ kayıtsız kaldığı durumlar olması AK'nin (Avrupa Konseyi) insan haklarını savunma hedefine gölge düşürmektedir.⁹⁶

IV. 1. Avrupa Konseyi'nde Ceza Adaletinin Uygulanması

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM), cezasızlığın zorla kaybetme vakalarıyla genelde bağlantılı olan özel bir sonuç olduğunu, ve ortadan kaldırılması konusuna AK'nin verdiği önceliği belirtmiştir.⁹⁷ AİHM mağdurları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bulunan çeşitli hükümlerin ihlal edilmesi temelinde korur.⁹⁸ Devlet, bireylerin haklarını kullanmalarına müdahale etmeme yükümlülüğünün yanı sıra, kendi adalet sisteminde belirli pozitif önlemler almak suretiyle bu hakların korunması ve yerine getirilmesini sağlama yükümlülüğündedir.⁹⁹ Dolayısıyla AİHM, zorla kaybetme vakalarında - AİHS'nin 1. ve 13. Maddeleri eşliğinde okunması gereken 2., 3. ve 5. Madde'lerin prosedürel ayaklarında da ifade edildiği üzere - devletin bireyin nerede olduğuna dair derhal etkili soruşturma yapma yükümlülüğü defaatle vurgulamıştır. Yaşama hakkının ve işkence yasağının ihlal edildiği böylesi bir durumda, ilgili soruşturma "sorumlu olanların tespit edilip cezalandırılmasına varacak nitelikte" olmalıdır.¹⁰⁰

⁹⁵ Bkz. Avrupa Konseyi, Yıldönümü Kitabı, *The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights*, internet versiyonu: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=echrpublications%2Fother#n1365061878230_pointer (erişim tarihi 15 Aralık 2013).

⁹⁶ AKPM Raporu 12811 (2012), para. 26; AKPM Raporu 12455 (2010), para. 211.

⁹⁷ AKPM Kararı 1675 (2009), para. 5.1, 6; ayrıca bkz. Avrupa Konseyi, H/Inf (2011) 7 (bundan böyle AK Cezasızlığa Karşı Kılavuz [2011] diye anılacak).

⁹⁸ Zorla kaybetme vakalarında çığneden genelde haklar 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, ETS 5'in (bundan böyle AİHS diye anılacak) 1-3, 5-6(1), 8 ve 13. maddelerini kapsar.

⁹⁹ AK Cezasızlığa Karşı Kılavuz (2011), supra not 96, s. 23-25, 27-29; örneğin bkz. McCann ve

Diğerleri v. Birleşik Krallık, 18 Aralık 1996 tarihli Karar, AİHM Series A No. 324, 161'de; *Osman v. Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1998 tarihli Karar, AİHM App. No. 23452/94, 115-116'da; *Öneryıldız v. Türkiye*, 30 Kasım 2004 tarihli Karar, AİHM App. No. 48939/99, 91-96'da.

¹⁰⁰ AİHM *Kurt v. Türkiye*, supra not 11, 124, 139-140'ta; *Orhan v. Türkiye*, 18 Haziran 2002 tarihli Karar, AİHM Appl. No. 25656/94, 334-336, 367-369, 384'te; AK Cezasızlığa Karşı Kılavuz

(2011), supra not 96, s. 60-62; AKPM Raporu 12880 (2012), para. 53; AKPM Raporu 12455 (2010),

AK ayrıca klasik anlamda bir insan hakları rejiminin doğasıyla bütünüyle uyumlu bir organdır. Marty'nin belirttiği gibi:

Mahkeme kararları Sözleşme'yi ihlal ettiği tespit edilen devletleri veya söz konusu eylemleri gerçekleştiren yetkilileri [...] "cezalandırmaz". Mahkeme kendisini Sözleşme'nin herhangi bir şekilde ihlal edilip edilmediğini bulmakla, ve uygulanabilir olduğu hallerde başvuruların maruz kaldığı maddi ve manevi zarara tazminat bulmakla sınırlandırır.¹⁰¹

AİHM hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığını denetleyen birim olan Bakanlar Komitesi'nin aldığı tedbirler¹⁰² bağlayıcı değildir ve mevcut sistem hâlâ ağırlıklı olarak devletlerin öncelikli takdirine dayanmaktadır. Dolayısıyla somut olarak bireylerin ulusal düzeyde hesap verip vermeyeceğine dair bir kesinlik yoktur.¹⁰³ Rusya'nın Kuzey Kafkasya'daki kaybetmeler bağlamında alınmış kararları etkin şekilde uygulamayışının öne çıkardığı bu sorun halihazırda Avrupa Konseyi'ndeki "en ciddi ve en hassas durum" dur.¹⁰⁴ Bu minvalde, söz konusu bölgede gerçekleşmekte olan muazzam insan hakları ihlallerinin "[esasen Rusya'ya dair bir sorun olsa da], sırf Rusya'ya özgü olmadığı, bilakis tüm Avrupa topluluğunu ilgilendirdiği [...]" belirtilmiştir.¹⁰⁵ Her ne kadar soruşturmalar yürütülmüş ve suçun faileri olduğu iddia edilen kişiler en sonunda tespit edilmiş olsa da, bunu takiben uygulamaya dönük hiçbir uygun adım atılmamış ve zaten yerleşik olan cezasızlık iklimi güçlendiğiyle kalmıştır.¹⁰⁶ Rusya'nın yetki alanında işlenen zorla kaybetme vakalarının örüntüsü hususunda AİHM'in aldığı kararların sayısına ve devletin bu vakaların çözülmesinde gösterdiği istekliliğe rağmen, hâlâ birçok şikâyetin geliyor olması adaletin sağlanması için hala alınması gereken mesafeye işaret

para. 190.

¹⁰¹ AKPM Raporu 12276 (2010) para. 28; bkz. Madde 41 AİHM.

¹⁰² Madde 46 (2) AİHM.

¹⁰³ A. Huneus, "International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts", *American Journal of International Law* 2013-1, s. 24; AKPM Raporu 12811 (2012), para. 25; AKPM Raporu 12880 (2012) para. 60.

¹⁰⁴ AKPM Kararı 1738 (2010), para. 4 (4.1-4.2),7-8; AKPM Raporu 12276 (2010), para. 32; AKPM Raporu 13018 (2012) para. 35, 407; AKPM Raporu 12455 (2010), para. 108-111, 126-127; Bakanlar Komitesi, Dok. CM/Del/Dec (2011)1115 *Khashiyev Group v. Rusya Federasyonu*,

6 Temmuz 2005 tarihli Karar, AİHM Appl. No. 57942/00 ve Ara Karar Dok. CM/ResDH(2011)292 (1128. toplantı, Kasım 2011); AKPM Kararı 1787 (2011), para. 7.7; Commissioner for Human Rights, Report CommDH(2011)21; ayrıca bkz. Human Rights Watch, "Who Will Tell Me What Happened to My Son?: Russia's Implementation of European Court of Human Rights Judgments on Chechnya", 2009, s. 4-6, <http://www.hrw.org/node/85743/section/5> (erişim tarihi 15 Aralık 2013); P. Leach, "The Chechen Conflict: Analysing the Oversight of the European Court of Human Rights", *European Human Rights Law Review* 2008-6, s. 758-759.

¹⁰⁵ AKPM Raporu 12276 (2010), para. 46.

¹⁰⁶ A.g.e., para. 32; AKPM Raporu 13018 (2012), para. 407.

etmektedir.¹⁰⁷ Cezasızlık sırf Kuzey Kafkasya bölgesiyle sınırlı değildir; bilakis Rusya'nın dışındaki ve ötesindeki bölgeleri de etkilemektedir.¹⁰⁸

Zorla kaybetmeler hususunda AİHM'nin koruma sistemini canlandırmayı amaçlayan Avrupa Komisyonu Parlamenterler Meclisi (AKPM), ICED dahilinde hâlâ mevcut olan boşlukları göz önünde bulundurarak "Zorla Kaybetmelere Karşı Avrupa Sözleşmesi"nin yürürlüğe konmasını savunmuştur.¹⁰⁹ Ne var ki yürürlüğe konacak böylesi bir ilave aracın cezasızlığa son verme bânında en uygun yasal araç olmayacağı da teslim edilmiştir. Bunun benimsenmesinin suça karşı verilen mücadelede elbette güçlü bir simgesel gücü olacaktır ve devlet-dışı aktörleri kapsayacak özerk statülerine bağlı olarak kaybetme vakalarını ele almaları mümkün olacaktır; ne var ki, muhtemel eymelsiz kalma ve AİHM hükümlerinin yaptırımsız kalması gibi mevcut sorunlar en nihayetinde yine gündeme gelecektir.

IV. 1.a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisini Ceza Vakalarına Genişletmek

Cezasızlık, zorla kaybetme vakalarında görüldüğü üzere suçların tekrar etmesine yol açtığı gibi, aynı zamanda mağdurların kederlerinin artmasına da neden olur. Mağdurlar için adaleti sağlamak ve ulusal ceza sisteminde hukukun üstünlüğünü yerleştirmek adına etkili tedbirler alınmalıdır. AKPM "cezasızlık vakalarında Mahkeme'nin kararlarının bütünüyle ve süratle uygulamaya konmasının Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerde bu sorunla mücadele etmenin anahtarı olduğu"nu belirtmiştir,¹¹⁰ peki ama devletler yükümlülüklerini yerine getirmek konusunda gönülsüz veya aciz olurlarsa cezasızlığa karşı savaş somut olarak nasıl kazanılabilir?

Devletin sorunu çözmeye gönülsüz olduğu veya bunu çözebilecek konumda olmadığı ve görevlerini gerektiği gibi yerine getir(e)mediği durumlarda, cezasızlıktan ötürü devleti sorumlu tutmanın yetersiz olduğu ortaya çıkmıştır. İşte bu noktada, AİHM'nin yargı

¹⁰⁷ 2009'da Rusya AİHM'nin gündeme getirdiği ihlalleri soruşturmak için bir Özel Soruşturma Birimi ve bu birimin çalışmasını denetlemek üzereyse bir Özel Denetleme Birimi kurmuştu; bkz. CM/Inf/DH(2010)26, 27 Mayıs 2010; AKPM Raporu 12455 (2010), para. 126-127; AKPM Raporu 13018 (2012), para. 35-36, 386-388, 407; zorla kaybetme hususunda Rusya'ya karşı açılan son davalar için, örneğin bkz: *Bopayeva and others v. Russia*, 7 Kasım 2013 tarihli Karar, AİHM App. No. 40799/06; *Tovbulatova and others v. Russia*, 31 Ekim 2013 tarihli Karar, AİHM App.No. 26960/06, 27926/06, 6371/09, 6382/09.

¹⁰⁸ AKPM Raporu'nda (12455, para. 211) söz alan Sayın Pourgourides'e göre: "Kendini "Avrupa'nın Vicdani" olarak gören bir Avrupa Örgütü'ne üye olan devletlerin, yasayı tatbik etmekle yükümlü yetkililerin sebep olduğu ölümlerin veya kötü muamelelerin sonrasında derhal kuvvetli tedbirler almaması kabul edilemez; Rusya Federasyonu'nun Kuzey Kafkasya bölgesinde ve başka yerlerde cezasızlığı sona erdirmesinin önemi ne kadar vurgulansa az [...] Bu tür anlarda Mahkeme'nin aldığı kararların uygulanmasında yaşanan başarısızlık Sözleşme'yle tesis edilen koruma sisteminin kıymetini ciddi derecede aşındırmaktadır"; bkz. AKPM Raporu 13018 (2012), para. 411; AKPM Raporu 12880 (2012), para. 3, 5-18; AKPM Kararı 1675 (2009), para. 5.1; Türkiye'ye dair, bkz. AKPM Raporu 12455 İlave (2010), para. 15-17, 20, 23; J. Chevalier-Watts, "The Phenomena of Enforced Disappearances in Turkey and Chechnya: Strasbourg's Noble Cause?", *Human Rights Review* 2010-4, s. 469-489.

¹⁰⁹ AKPM Raporu 12880 (2012), para. 76; AKPM Kararı 1868 (2012), para. 9.3.1; AKPM Tavsiyesi 1995 (2012), para. 4.

¹¹⁰ AKPM Kararı 1675 (2009), para. 8.

yetkisini uluslararası ceza meselelerine doğru genişletmek üzerinde düşünülmesi bir seçenek, ulusal ve uluslararası düzeydeki mevcut ceza adaleti sistemlerinin olası başarısızlıklarını telafi edebilecek bir “korunma maddesi” olabilir. Afrika’da yakın geçmişte gerçekleşen olaylar bir insan hakları sistemi dahilinde uluslararası ceza hukukuyla ilgilenen bir birimin kurulması gereğini doğrulamaktadır: Afrika Adalet ve İnsan Hakları Mahkemesi’nin yargı yetkisini ceza vakalarını içerecek şekilde genişletmeye yönelik bir öneri ortaya atılmış ve bu öneri üzerinde hâlâ görüşülmektedir.¹¹¹ Keza, AK’nin “insan haklarının savunulması ve geliştirilmesi” için “üyeleri arasında daha fazla birlik” sağlama hedefi doğrultusunda¹¹² teklif edilecek taslak bir protokol AİHM’e daha fazla yetki verebilir. Bu yetki bölgesel topluluğu temsil eden bir üst birimin müdahalesini gerekli kılan ağır insan hakkı ihlalleri karşısında bireylerin hesap vermesini sağlayacaktır.¹¹³ Zorla kaybetmeye ilişkin bir iddia dikkatine sunulduğunda bu mekanizma söz konusu vakayı önlemek üzere hemen harekete geçebilir ve mağdurların muhtemelen farklı kabul edilebilirlik kriterleri gerektiren yargılamalara daha hızlı erişmesini sağlayabilir.¹¹⁴ Kimsenin bilmediği bir ortamda uzun süre alıkonulmanın bireyi feci bir fiziksel ve zihinsel şiddete maruz bıraktığı, ve bu şiddete maruz bırakılan kişinin yakınlarının sevdiklerinin geri dönmesini ümitsizce beklemesiyle sıkıntılarının daha da çoğaldığı zorla kaybetme vakalarında bu alternatif bilhassa önemlidir.¹¹⁵

Böyle bir yeni birim devletin failleri cezai kovuşturmadan korumak için örttüğü perdeyi indirebileceği gibi, devlet kendi yükümlülüklerini (sözgelimi soruşturma ve kovuşturma görevini) yerine getirmediğinde devletin sorumluluğunu ele alan AİHM’le uyum içinde hareket de edebilir. AİHM’nin kapsamlı içtihatı ve Bakanlar Komitesi’nin zorla kaybetme vakaları konusundaki çalışmaları söz konusu vakaların süratle çözüme kavuşturulmasını ve kanıt toplarken tekrara düşülmesini önlemeyi sağlayabilir.¹¹⁶ Bireysel sorumluluk ve

¹¹¹ African Court’s on Human and Peoples’ Rights: Jurisdiction, <http://www.africancourt.org/en/index.php/about-the-court/jurisdiction> (erişim tarihi 15 December 2013); Draft Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 17 Mayıs 2012, OAU Doc. Exp/Min/IV/Rev.7, <http://africlaw.files.wordpress.com/2012/05/au-finalcourt-protocol-as-adopted-by-the-ministers-17-may.pdf> (erişim tarihi 15 Aralık 2013).

¹¹² Girizgâh, AİHM.

¹¹³ Bkz. Avrupa Konseyi, Yıldönümü Kitabı: *The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights*, http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=echrpublications%2Fother#n1365061878230_pointer (erişim tarihi 15 Aralık 2013).

¹¹⁴ Bkz. Madde 35(1) AİHM.

¹¹⁵ Bkz. AKPM Raporu 12880 (2012), para. 57; IACtHR *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, supra not 9, 187’de; IACtHR *Blake v. Guatemala*, supra not 12, 114-116’da; AİHM *Kurt v. Turkey*, supra not 11, 123, 133’te.

¹¹⁶ Örneğin bkz. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)*, 26 Şubat 2007 tarihli Karar, [2007] ICJ Rep., s. 43, 129-98, 166’da, para. 206-230, 296; devletler arası şikâyetlerle ilgilenen ICJ burada, bireysel cezai sorumluluğu ele alan bir kurum olan eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin bulgularını göz önünde bulundurmştü.

devletin sorumluluğu birbirlerini tamamlayan bir biçimde,¹¹⁷ devletin yükümlülüklerini azaltmadan işleyebilir. Böyle bir mekanizma devletlere, bireylerin yasayla korunan haklarından yararlanabilmeleri konusundaki yükümlülüklerini ve AİHM'nin ihlal kararlarını infaz etme sorumluluklarını ciddiye almalarını sağlar. Devletler hesap verir durumda kalmamak için bu yükümlülüklerini yerine getirme konusunda motivasyon göstereceklerdir. Dahası, mağdurlara bireysel olarak da adalet sağlar; failerin cezasız kalması ve ileride gerçekleşebilecek cürümlerin caydırılması ile ulusal sisteme yönelik kaybolmuş olan güveni geri kazanılır.¹¹⁸ Bunlar ancak etkin bir ceza adaleti sisteminin sağlayabileceği ilk akla gelen adalet talepleridir.¹¹⁹

V. Sonuç

Alternatif bir uluslararası ceza adaleti yaptırım sistemine duyulan ihtiyaç artık aşikârdır. ICED ve AİHM'nin savunuculuğunu üstlendiği uluslararası insan hakları hukukunun ceza hukuku alanında sağladığı olumlu gelişimlere rağmen, zorla kaybetme vakaları hâlâ sona ermemiştir. Öncelikli olarak devletlerin davranışını düzenlemeyi gözeten insan hakları hukuku, tek tek bireylere değil ancak devletlere görev dayatabilirler. Bu tür uluslararası yükümlülüklerle etkin bir şekilde riayet edilip edilmediği ise ancak tartışmaya açıktır, böyle olması için umut etmekten başka çare yoktur. Devletin fail olduğu iddia edilen kişileri cezalandırma görevini yerine getir(e)mediği durumlarda devlet uluslararası hukuka göre belirli sorumluluklarla karşı karşıya kalmakla beraber, bu durum illaki söz konusu kişinin yargılanması sonucunu doğurmayacağı için failin cezasız kalması söz konusu olabilecektir. Sonuç itibarıyla UCM devletlerin sonlandıramadığı işi sonlandırmak üzere, tarafsızlığı ve bağımsızlığı temsil eden Antik Roma Tanrıçası *Justitia* gibi devreye girer. Ne var ki yargı yetkisinin sınırlarından ötürü onun da uygulanması her zaman mümkün olmaz.

Yerel ceza sisteminin kayıtsız kaldığı ve UCM'nin çoğu vakada uygulanamadığı bir ortamda, ihlalcilerin tamamen serbest kalması ihtimali karşısında alternatif bir ceza adaleti yaptırımının gereği öne çıkıyor. Okumakta olduğunuz makale bu durumdan yola çıkarak, bölgeciliğin ek bir meşru forum olarak getirebileceği faydaları gerek faillerinin cezalandırıldığına şahit olacak doğrudan mağdurlar, gerekse genel olarak bölge toplumu açısından mercek altına aldı. Tüm bir toplumun istikrarını sarsan, süreğen bir güvensizlik hissine sebep olan, devletin etkin korumasına ve adalet sistemine güvensizlik yaratan zorla kaybetme gibi menfur bir suçla ilgili bu bilhassa önemlidir. Her bölgesel coğrafyanın kendine özgü tarihi ve toplumsal pratiği vardır: Siyaset, kültür ve ortak suçlara karşı mücadele temelinde devletler birbirine ne kadar yakın hissederse, ortak tedbirlerin alınmasında aralarında o kadar büyük bir mutabakat olabilir. Avrupa düzeyinde AK, kendisiyle ilişkili kurumlarla birlikte, insan haklarının mağdurlarla daha yakın bir ilişki içinde korunmasında temel bir önem arz etmiştir. Gelgelelim devletlerin

¹¹⁷ Bianchi, 2009, supra not 35, s. 18, 21, 24.

¹¹⁸ Cezanın gerekçelerinden biri uyarınca: dışavurmacılık; bkz. M. A. Drumbl, *Atrocity, Punishment, and International Law*, New York: Cambridge University Press 2007, s. 12, 171-175.

¹¹⁹ Bkz. R. Cryter, v.d., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge:

Cambridge University Press 2007, s.17-36; C. J.M. Safferling, "Can Criminal Prosecution be the Answer to massive Human Rights Violations?", *German Law Journal* 2004-12, s.1469-1488.

harekete geçmelerini güvence altına alacak kuvvetli bir yaptırım sisteminin olmayışı ve AİHM'nin kararlarını eksik uygulamaları, AK'nin bir insan hakları organı olarak etkililiğini ciddi şekilde kısıtlamaktadır. İşte bu gerekçelerle, uluslararası ceza adaletinin uygulandığı muhtemel bir alternatif olarak AİHM'nin yargı yetkisinin ceza meselelerini içerecek şekilde genişletilebilmesi, bu makalede öne sürülüyor. Bu tür bir araç zorla kaybetme suçunun ve bu suçla ilgili tek bir devlet yerine bölgesel topluluğun almış olduğu tedbirlerin görünürlüğünü arttırarak, gelecekte ihlallere dair arzu edilen caydırıcılığı ve yurttaşların sisteme olan güvenini arttırabilir.

Mevcut ceza yaptırım sisteminin sürekli gelişimi göz önünde bulundurulduğunda, cezai meselelerle ilgili ilave enstürmanların adalete erişimde uygulanabilir bir yol olup olmadığını öngörmek zor. Bununla beraber, olumlu bir perspektifle gelecekte daha derin bir Avrupa entegrasyonu varsayımıyla iddialı ama imkânsız olmayan hedefler üzerinde çalışmamak için bir sebep yok. Sınırlı sayıda AK üyesi devlet olduğu, bu devletlerin kültürel değerler, siyaset, hukuk gelenekleri, demokrasi ve insan haklarına bağlılık¹²⁰ temelinde sahip olduğu ortak mirası düşünüldüğünde, Avrupa'da entegre bir ceza adaleti yaptırım sisteminin ortaya çıkması ütöpik bir gelişme olarak görülmemelidir. Böylelikle uluslararası hukukun kavramları daha iyi anlaşılacağı gibi, çoğu kez soyut ve pastoral bir fikir olarak algılanan uluslararası adalet ile toplumun somut ihtiyaçları arasındaki uçurumu kapatacak bir köprü de kurulmuş olacaktır.

İngilizceden çeviren: Erkal Ünal

¹²⁰ Girizgâh, AİHM.