

Zararın Çözümü (Giderilmesi)

Kalkınma Finansmanı için Uluslararası Hukuktan Dersler

Giriş

Uluslararası hukuk, ticari işletmelerin başkalarının insan haklarını ihlal etmekten kaçınmaları gerektiğini ve zarara katkıda bulduklarında ise olumsuz insan hakları etkilerini ele almaları gerektiğini belirtmektedir.¹ Birçok işletme ve banka, son yıllarda olumsuz çevresel ve sosyal zararların ele alınmasındaki rollerini kabul etmiş ve bu tür zararları önlemeye veya azaltmaya yönelik politika ve uygulamaları benimsemiştir. Çözüm ilkesi aynı zamanda olumsuz etkilerin ele alınmasına yönelik bu sorumluluğun merkezinde yer alsa da herhangi bir zarar meydana geldiğinde uygun çözümün sağlanmasına yönelik çabalar bugüne kadar yetersiz kalmıştır.

Zarara karşı etkili çözüm (başvuru) hakkı, uluslararası insan hakları hukukunun maddi ve usule ilişkin boyutları olan temel bir ilkesidir. İlke yaygın olarak kabul görse de, çözüm için herkese uyan tek bir yaklaşım bulunmaz ve her durum, zararın niteliğine, etkilenen toplulukların ihtiyaçlarına ve diğer konulara bağlı olarak özel yaklaşımlar gerektiren geniş bir dizi faktöre dayanır.

İnsan hakları hukuku, devletlerin bu hakka saygı gösterme, bu hakkı koruma ve yerine getirme yükümlülüğü olduğunu teyit ederken, ticari işletmelerin², onarıcı çözüme yönelik eylemlere destek olarak veya bu eylemlerde işbirliği yaparak insan hakları ihlallerine maruz kalan bireylerin ve toplulukların çözüme erişimlerini sağlamak sorumluluğu vardır. Kalkınma finansmanı kuruluşları (KFK'lar) da dahil olmak üzere kurumsal yatırımcılar çözüm sağlama konusunda aynı sorumluluğu paylaşır.

Son yıllarda KFK'lar, fayda sağlamaları gereken topluluklara zarar vermektan kaçınmak amacıyla çevresel ve sosyal çerçeveleri ve iç yapıları güçlendirmeye çalışmıştır.³ KFK'lar ayrıca Dünya Bankası'nın Teftiş Paneli ve Amerikalılar Arası Kalkınma Bankası'nın (AAKB) Bağımsız Danışma ve Soruşturma Mekanizması (Independent Consultation and Investigation Mechanism - MICI) gibi iç hesap verebilirlik mekanizmalarını iyileştirme konusunda da ilerleme kaydetmiştir.

¹ BM İnsan Hakları Konseyi, "İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri: Birleşmiş Milletler 'Koruma, Saygı Gösterme ve Telafi Edici Çözüm Üretme' Çerçevesinin Uygulanması," RES 17/4 (16 Haziran 2011), ilke 11.

² Aynı yer, ilke 22.

³ Uluslararası Finans Kurumu'nun (IFC) Çevresel ve Sosyal Sürdürülebilirlik Politikası şu şekildedir: "IFC'nin kalkınma misyonunun merkezinde, yatırım ve danışmanlık faaliyetlerini insanlara ve çevreye 'zarar vermeme' gayesini güderek gerçekleştirmek, özel sektör faaliyetlerinin ve çalışmaları pazarların sürdürülebilirliğini artırmak ve olumlu kalkınma sonuçları elde etmek bulunmaktadır." Uluslararası Finans Kurumu'nun Çevresel ve Sosyal Sürdürülebilirlik Politikası," (2012), par 9.

Bağımsız hesap verebilirlik mekanizmaları (Independent accountability mechanisms-IAM), KFK tarafından finanse edilen projelerden zarar gören veya insan hakları ihlal edilen kişi ve topluluklar için bağımsız bir başvuru yolu sağlar.

Birçok KFK zaman içinde IAM'lerini güçlendirmiş ve hatta hesap verebilirlik sistemlerini şikâyet işlevlerini de içerecek şekilde genişletmiş olsa da⁵ çok azı bir KFK'nın başarısızlığını belgelemenin ve ardından faaliyetlerini iyileştirmenin ötesine geçmek için açıkça yetkilendirilmiştir. Bir IAM'nin yetkisi genellikle, KFK kurallara uymasa bile, KFK'yı etkilenen toplulukların zararlarını gidermeye zorlayabilmeyi kapsamaz. Onarıcı çözüm sağlayan ve düzeltici eylemlere atıfta bulunan IAM politikaları, kalkınma projelerinden zarar gören topluluklar için çözüm yollarını ele almaksızın, genellikle yalnızca KFK tarafından izlenen proje operasyonları ve uygulaması kapsamındaki önlemlerle ilgilidir. Ayrıca, yetkilerinde çözüm sağlanmasına atıfta bulunan mekanizmalar arasında⁶ şu anda çok azı KFK'ların, çözüm yollarını topluluklar için somut bir gerçekliğe dönüştürmek için gerekenleri yapmasını sağlayabilmektedir⁷

KFK tarafından finanse edilen projeler bağlamında zarar gören kişi ve topluluklara maddi çözüm sağlama ihtiyacı

önde gelen bazı kalkınma bankalarında artık gecikmiş bir ilgi görmektedir. Kısa bir süre önce, Uluslararası Finans Kurumu (IFC) ve Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı'nda (MIGA) çevresel ve sosyal hesap verebilirliğe ilişkin 2019-2020 Dış Değerlendirme⁸, bu kurumların iyileştirici eylemler için bir çerçeve oluşturması gerektiğini tespit etmiştir.⁹ Kurum içi bir Çalışma Grubu, IFC ve MIGA yönetim kurullarına öneriler sunmak amacıyla böyle bir çerçeve için seçenekleri belirleme sürecindedir.¹⁰ Bu yazının yazıldığı sırada bu süreç devam etmekteydi.

Dış İnceleme ekibi aynı zamanda IFC/MIGA'nın bağımsız hesap verebilirlik mekanizması olan Uyum Danışmanı Ombudsmanının (Compliance Advisor Ombudsman-CAO) rolünü ve etkinliğini gözden geçirmekle görevlendirilmiş ve bu da önemli politika reformlarına yol açmıştır. CAO'nun yetkisi artık iş dünyası ve insan haklarına ilişkin uluslararası ilkelerle tutarlı bir şekilde projeden etkilenen kişiler için çözüm yollarına ilişkin açık hükümler içermektedir.¹¹ Ancak IAM'ler çözüm yollarını kendi başlarına güvence altına almak için hala yeterli donanıma sahip değildir. Rehberlik ve değerli tavsiyeler sunmaya uygun olsalar da, banka yönetiminin ortak çabaları ve banka kurullarının onayı olmadan, çözümün fiilen sağlanması ve uygulanması zor olmaya devam edecektir.

⁴ Bu hesap verebilirlik sistemleri Uluslararası Çevre Hukuku Merkezi (CIEL) ve diğerleri tarafından analiz edilmiş ve değerlendirilmiştir, bkz. *örneğin*, Caitlin Daniel, Kristen Genovese, Mariëtte van Huijstee ve Sarah Singh, (haz.), *Glass Half Full? The State of Accountability in Development Finance* (Amsterdam: SOMO, 2016) ve Çok Yazarlı, *Good Policy Paper: Guiding Practice from the Policies of Independent Accountability Mechanisms*, (2021). Bu sistemlere ilişkin tam bir tartışma bu belgenin kapsamı dışındadır.

⁵ Kalkınma finansmanı kuruluşlarındaki (KFK'lar) şikâyetlere müdahale işlevlerine örnek olarak IFC'deki Paydaş ve Şikâyet Müdahale birimi, IDB Invest'teki Yönetim Şikâyet Mekanizması ve Dünya Bankası'nın Şikâyet Giderme Servisi verilebilir.

⁶ Yeşil İklim Fonu'nun (GCF) Bağımsız Telafi Mekanizması, Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası'nın (EBRD) Bağımsız Proje Hesap Verebilirlik Mekanizması ve Afrika Kalkınma Bankası'nın (AfKB) Bağımsız Rücu Mekanizması, yönetmeliklerinde zararın çözülmesine ilişkin açık hükümler içermektedir. Buna ek olarak, Amerikalılar Arası Kalkınma Bankası'nın (Inter-American Development Bank-IDB) hesap verebilirlik mekanizması olan Bağımsız Danışma ve Soruşturma Mekanizması'nın (Independent Consultation and Investigation Mechanism-MICI) politikasına göre, "Uygunluk inceleme raporu, Kurul'un soruşturma altındaki Banka Finansmanlı Operasyonla bağlantılı olarak önleyici veya düzeltici eylemler konusunda vereceği karar için olgusal ve teknik temel sağlayacak şekilde tasarlanmalıdır" (para. 45) ve "uygulanabilir olduğunda, MICI bir Uyumluluk İncelemesi sonucunda üzerinde mutabık kalınan her türlü eylem planının veya onarıcı veya düzeltici eylemin uygulanmasını izleyecektir" (para. 49). Bkz. Amerikalılar Arası Kalkınma Bankası, "IDB Bağımsız Danışma ve Soruşturma Mekanizması Politikası," (14 Nisan 2021).

⁷ Bkz. *örneğin*, Dünya Bankası, *CAO'nun Rolü ve Etkinliği Dahil IFC/ MIGA Çevresel ve Sosyal (Ç&S) Hesap Verebilirliğinin Dış İncelemesi*, (9 Haziran 2020).

⁸ Bkz. aynı yer.

⁹ Bkz. Dünya Bankası, yukarıdaki dipnot 7, para. 58-62.

¹⁰ Bkz. : Uluslararası Finans Kurumu, *Dış Değerlendirme: IFC/MIGA İyileştirici Çözümlerin Etkinleştirilmesi Güncellemesi*, (Ağustos 2021).

¹¹ IFC/MIGA bağımsız hesap verebilirlik mekanizması Uyum Danışmanı Ombudsman'ın (CAO) yeni politikası şu şekildedir: "CAO, görevini yerine getirirken, Sürdürülebilirlik Çerçevesinde yer alan iş dünyası ve insan haklarına ilişkin uluslararası ilkelerle tutarlı bir şekilde projeden etkilenen kişilerin çözüm yollarına erişimini kolaylaştırır." Bkz. Dünya Bankası, "IFC/MIGA Bağımsız Hesap Verebilirlik Mekanizması (CAO) Politikası," (28 Haziran 2021).

IFC/MIGA ve diğer KFK'lar çözüm yoluna erişimi sağlamak için bir rota çizmeye çalışırken, çözüm kavramının uluslararası hukuk ve özellikle de uluslararası insan hakları hukuku alanında on yıllar boyunca gösterdiği gelişimden ders çıkarmaları iyi olacaktır.¹²

Bu kaynak, uluslararası insan hakları hukuku alanından karşılaştırmalı örneklerin ve çıkarılan derslerin, KFK'ların çözüm sağlamaya yönelik hak temelli çerçeveler oluşturmasının yollarını gösterebileceği umudu ve beklentisiyle sunulmuştur. Bu özet, çözüm kavramının tanımı, uluslararası hukuktaki kökenleri, özel olarak insan hakları hukuku alanındaki gelişimi ve iş ve insan hakları alt alanındaki merkezi konumu ile başlamaktadır.

Ardından, özellikle günümüzde çözüm konusu ile boğuşmakta olan KFK'lara yönelik olarak ikinci unsura ilişkin daha derin bir tartışmaya girmeden önce usul ve esasa ilişkin unsurlar arasındaki kritik ayrımı analiz etmektedir. Daha sonra, KFK'ların finanse ettikleri projeler bağlamında meydana gelen zararlara sağlam ve etkili bir şekilde karşılık verilmesini sağlamaya çalışırken göz önünde bulundurmaları gereken, uluslararası organlar ve mahkemeler tarafından uygulanmış olan çözüm yollarının bir tipolojisini ortaya koymaktadır. Son olarak, KFK'ların çözüm yollarını geliştirmek için mevcut en iyi uygulamaları ve ilgili uluslararası standartları nasıl uygulayabileceklerini ana hatlarıyla belirtmekte ve bu konuda özel tavsiyelerde bulunmaktadır.

Çözüm Kavramı

Hukuki açıdan bakıldığında, çözüm terimi, bir hak sahibine "yasadışı, hasar veya zarar verici bir eylem uygulandığında, hakkın uygulanması için kanun tarafından sağlanan çözümler"¹³ anlamına gelmektedir. Bu kavramın uluslararası hukukta uzun bir geçmişi vardır. 1927 gibi erken bir tarihte, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın Chorzów Fabrikası davasında verdiği ve sıklıkla atıfta bulunulan kararı, "bir taahhüdün ihlalinin, uygun bir biçimde telafi etme yükümlülüğü içerdiği" yönünde emsal teşkil etmiştir.¹⁴

O zamandan bu yana, etkili çözüm (başvuru) hakkı kapsamlı bir şekilde geliştirilmiş ve artık uluslararası insan hakları hukuku da dahil olmak üzere birçok alanda yerleşik hale gelmiştir. Haksız bir fiilin işlenmesi üzerine çözüm sağlama yükümlülüğüne ilişkin hükümler, büyük ölçüde Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) tarafından yıllar içinde oluşturulan ve Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından kabul edilen Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerde düzenlenmiştir.¹⁵ Birçok temel uluslararası insan hakları anlaşması ve beyanname, evrensel ve bölgesel düzeylerde bu hakka açıkça atıfta bulunmaktadır.¹⁶

Mağdur hakları alanında yasal standartları beyan ettiği düşünülen¹⁷ diğer uluslararası belgeler de çözüm ve telafi hakkı konusunda yetkili kılavuz ilkeler sunmaktadır.¹⁸

¹² Bu alanlardan bazı kavram ve uygulamalar burada yer verilmiştir, ancak bu belge, insan haklarına saygı gösterme ve insan hakları üzerindeki olumsuz etkilerin uluslararası standartlara uygun olarak giderilmesine katkıda bulunulmaları ışığında KFK'larla özel ilgisi nedeniyle uluslararası insan hakları hukuku alanını vurgulamaktadır.

¹³ Kirsten Schmalenbach, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law, International Organizations or Institutions, Legal Remedies against Acts of Organs*, (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017), para. 1.

¹⁴ Chorzów Fabrikası (Karar), Uluslararası Daimi Adalet Divanı, PCIJ Seri A no 9. (26 Temmuz 1927), sayfa 21.

¹⁵ Uluslararası Hukuk Komisyonu, "Uluslararası Haksız Fiillerde Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler ve Yorumlar" Elli Üçüncü Oturma Raporu, A/56/10 (2001), 30-37. maddeler.

¹⁶ Uluslararası normatif sürecin bir sonucu olarak, çözüm ve telafi hakkının yasal temeli uluslararası insan hakları koruyucularında sağlam bir şekilde yer almıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si 8. Maddesinde "herkesin anayasa veya yasalarla kendisine tanınan temel hakları ihlal eden eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemelerde etkili bir çözüm (başvuru) hakkına sahip olduğunu" belirtmektedir. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ICCPR), Madde 9(5) ve 14(6)'da hukuka aykırı tutuklama veya gözaltı ya da adaletin yanlış işlenmesine maruz kalan kişiler için tazminat hakkını tanıır. İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme (CAT) Madde 14 (1) ve Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (ICPPED) Madde 24 (4)(5) gibi diğer sözleşmeler belirli ihlal türlerine odaklanırken, "salt" maddi tazminatın ötesine geçen daha kapsamlı bir telafi kavramını benimsemektedir. Bölgesel düzeyde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AIHS) 41. Maddesi, Strazburg Mahkemesi'ne, iç hukukun Sözleşme'nin ihlali sonucunda uğranılan zararın yalnızca "kısmi telafisini" sağlaması durumunda "gerekirse" "zarar gören tarafa adil tatmin sağlama yetkisi vermektedir. Ayrıca, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (ACHR) Madde 63 (1), Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AAIHM) bu Sözleşme tarafından korunan bir hak veya özgürlüğün ihlal edildiğini e karar verdiği durumlarda, zarar gören tarafa bir çözüm yolu sağlanmasını ve adil bir tazminat ödenmesini öngörmektedir. Bu Sözleşme ayrıca 10. Maddesinde "yeterli tazminat" ve 68. Maddesinde "telafi edici tazminatlar"dan bahsetmektedir.

¹⁷ Bkz. Frank Haldemann, Thomas Unger ve Valentina Cadelo (haz.), *The United Nations Principles to Combat Impunity: A Commentary*, Birinci baskı, Oxford Commentaries on International Law (Oxford: Oxford University Press, 2018).

¹⁸ Bkz. Theo Van Boven, "Victims' Rights To A Remedy And Reparation: The New United Nations Principles And Guidelines," *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity* içinde, (haz.) Carla Ferstman, Mariana Goetz, ve Alan Stephens (Brill | Nijhoff, 2009), sayfa 17-40.

Bu belgeler arasında BM Genel Kurulu tarafından 2005 yılında kabul edilen Çözüm ve Telafi Hakkına İlişkin Temel İlkeler ve Esaslar da bulunmaktadır.¹⁹ Benzer şekilde, BM İnsan Hakları Komisyonu bünyesinde geliştirilen Cezasızlıkla Mücadele için Güncellenmiş İlkeler,²⁰ telafi usullerini²¹ ve telafi hakkı da dahil olmak üzere temel mağdur haklarına ilişkin mevcut uluslararası hukuku yansıtmaktadır.²¹ Özellikle uluslararası hukuk da dahil olmak üzere hukukun diğer alanları da, uluslararası ceza hukuku ve uluslararası çevre hukuku alanlarının yanı sıra geçiş dönemi adaleti alanında ortaya çıkan uygulamalar gibi sağlam çözüm kavramları ve bunu gerçekleştirmeye yönelik uygulamalar geliştirmiştir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), 2012 yılında aldığı dönüm noktası niteliğindeki bir kararla, telafilere uygulanacak ilke, yöntem ve usulleri *Savcılık - Thomas Lubanga Dyilo* davasında belirlemiştir. Bu, UCM'nin bir Dairesi tarafından verilen ilk telafi kararıdır ve o dönemde uluslararası hukukun çözüm konusundaki konumunu yansıtmaktadır.²²

Buna ek olarak, etkili çözüm yollarına erişim, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin (BMRİ) kesişen bir bileşenidir.²³ BMRİ'ler, devletlerin insan haklarını koruma görevlerinin, iş dünyası kuruluşlarının insan haklarına saygı gösterme sorumluluklarının ve iş faaliyetleri bağlamında meydana gelen insan hakları ihlallerine çözüm sağlama konusundaki ortak rollerinin yetkili bir beyanı olarak kabul edilmektedir. Bu unsurlar BMRİ'lerin üç sütunu olarak bilinmektedir ve çözüm, "birbiriyle bağlantılı ve birbirine bağımlı üç sütun boyunca uzanan ortak bir ip" olarak kabul edilmektedir.²⁴ BMRİ'lerde ifade edildiği ve BM bağımsız uzmanları tarafından daha da geliştirildiği üzere²⁵ iş dünyasıyla bağlantılı insan hakları ihlallerinden etkilenenler, hem devletler hem de ticari aktörler dâhil

olmak üzere sorumlulardan çözüm talep edebilmelidir.

Devletlerin ticari faaliyetler bağlamında meydana gelen ihlaller için çözüm sağlama yükümlülükleri söz konusu olduğunda Rehber İlke 1, devletlerin kendi toprakları ve/veya yargı yetkileri dahilinde iş dünyasıyla bağlantılı insan hakları ihlallerini gidermek için uygun adımları atmasını gerektirmektedir. Aynı gerekçeyi takip eden Kılavuz İlke 25, devletlere iş dünyasıyla bağlantılı insan hakları zararlarından etkilenenlerin "etkili çözüm yollarına erişimini sağlamak için uygun adımları atmaları" gerektiğini hatırlatmaktadır.

Benzer şekilde, Kılavuz İlke 22, haklar üzerinde olumsuz etkilere yol açtıkları veya katkıda buldukları tespit edilen ticari işletmelerden nelerin beklendiğini ortaya koymaktadır. Ticari işletmelerin "meşru süreçler yoluyla onarım sağlamaları veya bu konuda işbirliği yapmaları gerektiğini" belirtmektedir. Bu sorumluluk, "diğer tüm ticari işletmeler gibi insan haklarına saygı göstermekle yükümlü olan kalkınma finansmanı kurumları"²⁶ da dahil olmak üzere, "büyüklüğü, konumu, mülkiyeti veya yapısı ne olursa olsun yatırımcılar"²⁷ için eşit derecede geçerlidir.

1. Çözümün Usuli ve Maddi Boyutları

Etkili çözüm (başvuru) hakkı iki boyuttan oluşan bir insan hakkıdır: Bunlardan ilki, bir şikayetçinin iddiasını ileri sürmek için erişebileceği çözüm sağlayan kurum ve mekanizmaların varlığına atıfta bulunan usuli çözümdür.²⁸ İhlal edilen hak veya uğranılan zararlar ilgili görev veya sorumluluğun sahipleri çözüm mekanizmalarını sağlamalıdır. İkinci boyut ise çözüm süreçlerinin sonucundan oluşan maddi çözümdür.

¹⁹ BM Genel Kurulu, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Telafi Hakkına İlişkin Temel İlkeler ve Esaslar", A/RES/60/147 (21 Mart 2006).

²⁰ Cezasızlıkla Mücadele Eylemi Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi için İlkeler Dizisi ve farklı versiyonları - son (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/18), gözden geçirilmiş son hal (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1) ve Güncellenmiş (UN Doc. E/CN.4/2005/102/add.1) - BM İnsan Hakları Komisyonu himayesinde geliştirilmiş ve İnsan Hakları Konseyi tarafından onaylanmıştır. Hakikatin, adaletin, telafinin ve tekrarlamama güvencelerinin teşvik edilmesine ilişkin bu uluslararası standartların, ağır insan hakları ihlalleri ve uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinin cezasız kalmasına karşı mücadelede yetkili bir referans noktası oluşturduğu yaygın olarak kabul edilmektedir.

²¹ Bkz. aynı yer, ilke 32.

²² Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nde Savcı - Thomas Lubanga Dyilo davasındaki durum, "Telafilere uygulanacak ilke ve usulleri belirleyen karar", Uluslararası Ceza Mahkemesi, I. Dava Dairesi, ICC-01/04-01/06 (7 Ağustos 2012).

²³ Birleşmiş Milletler, yukarıdaki dipnot 1.

²⁴ BM Genel Kurulu, "İnsan Hakları ve Ulusötesi Şirketler ve Diğer Ticari İşletmeler Konusunda Çalışma Grubu Raporu", A/72/162", (18 Temmuz 2017), sayfa 17.

²⁵ Bkz. aynı yer.

²⁶ BM Genel Kurulu, "BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Yatırımcılar Tarafından Uygulanmasına Dair Değerlendirme", İnsan Hakları ve Ulusötesi Şirketler ve Diğer Ticari İşletmeler Konulu Çalışma Grubu Ek Raporu, A/HRC/47/39/Add.2 (22 Nisan 2021), sayfa 2.

²⁷ Bkz. aynı yer, sayfa 8.

²⁸ Bkz. Schmalenbach, yukarıdaki dipnot 13.

Bu, bir şikayetçinin uğradığı zarar nedeniyle hak kazandığı telafiyi sağlama görevini zorunlu kılar.²⁹ Bu, Bölüm 4'te daha ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, eski hale getirme, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve/veya tekrarlamama güvenceleri³⁰ biçiminde olabilir.

Çoğu zaman, çözümün usule ilişkin boyutu, sürecin sonucunun, yani hak sahipleri için maddi tazminatın, güvence altına alınmasında etkilidir. Bu iki boyut birbiriyle yakından ilişkili olduğu için, uluslararası insan hakları standartları etkili çözüm (başvuru) hakkını ikili bir kavram olarak kabul etmektedir. BM İnsan Hakları ve Uluslararası Şirketler ve Diğer Ticari İşletmeler Çalışma Grubu (İş Dünyası ve İnsan Hakları Çalışma Grubu olarak da anılmaktadır) tarafından belirtildiği üzere, "sadece çözüm mekanizmalarına erişim sağlamak yeterli olmayacaktır; sürecin sonunda uygulamada etkili olacak bir çözüm bulunmalıdır."³¹

Pratikte, devletler ve ticari işletmeler kendi yükümlülüklerini ve sorumluluklarını yerine getirmek için çözüm hakkının her iki boyutunu da ele almalıdır. İş Dünyası ve İnsan Hakları Çalışma Grubu'nun da belirttiği gibi, "bu nedenle, görev sahipleri olarak Devletler, etkili çözüm yolları sunabilecek etkili çözüm mekanizmalarını uygulamaya koymalıdır. Benzer şekilde, bir ticari işletme, olumsuz etkilere neden olduğunu veya katkıda bulunduğunu tespit ettiği durumlarda çözüm sağlarsa, bu tür bir çözüm hem süreç hem de sonuç açısından etkili olmalıdır."³²

Kısacası, bir çözüm ancak hem telafi prosedürlerine erişimi hem de yatırım faaliyetleri veya KFK tarafından finanse edilen projeler de dahil olmak üzere işle ilgili faaliyetler bağlamında insan hakları ihlalleri veya zarar gören mağdurlar için yeterli telafiyi içeriyorsa etkilidir.

2. Çözümün Maddi Boyutu: Telafi Hakkı

Yukarıda ana hatlarıyla belirtildiği üzere, etkili çözüm (başvuru) hakkının maddi boyutu, hak sahiplerinin uğradıkları zarar nedeniyle hak kazandıkları telafiyi ifade etmektedir. Uluslararası hukukta bu boyut genellikle telafi hakkı olarak tanımlanmaktadır.³³

Geleneksel olarak anlaşıldığında, telafi hakkının amacı "mağdur tarafı, zarar meydana gelmemiş olsaydı bulunacağı konuma getirmektir."³⁴ Genellikle "eski hale getirme" olarak bilinen bu telafi anlayışı, tam bir telafi ya da *bütünlük içinde iade (restitutio in integrum)* arayışındadır: "Mağdurların ve hayatta kalanların bakış açısından, uğradıkları ihlalin sonuçlarını etkisiz hale getirmeye çalışır."³⁵ Bu yorum, insan hakları kuruluşlarının ve mahkemelerinin ilk uygulamalarında etkili olmuştur. Zaman içinde karşılaşılan zorluklar, telafilere yönelik ek veya alternatif yaklaşımların geliştirilmesini teşvik etmiştir.

Telafi hakkına ilişkin bu geleneksel anlayışın sorgulanmasına yol açan temel sorunlardan biri, insan hakları ihlalleri mağdurlarının eski konumlarına geri döndürülmesinin pek çok durumda "imkânsız, yetersiz ve eksik" olmasıdır.³⁶ Örneğin, işkence görmüş veya öldürülmüş bir bireyin, sanki hiçbir yaralanma olmamış gibi ilk durumuna geri döndürülmesi imkânsızdır. Kalkınma projeleri söz konusu olduğunda, çevresel bozulma ve biyolojik çeşitlilik kaybıyla sonuçlanan ve yerel toplulukların geçim kaynaklarını etkileyen bir madencilik projesinin ardından tüm bir ekosistemi eski haline getirmek muhtemelen mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde, büyük ölçekli hidroelektrik projelerinde, yerlerinden edilen topluluk üyelerinin arazileri sular altında kaldıktan sonra evlerine dönmeleri mümkün olmayacaktır. Bu anlayışa göre, telafi hakkı çoğu zaman "hem gerekli hem de imkansız" hale gelmektedir.³⁷

²⁹ Bkz . aynı yer.

³⁰ Bkz . BM Genel Kurulu, yukarıdaki dipnot 24.

³¹ Bkz . aynı yer, sayfa 7.

³² Bkz . aynı yer.

³³ Bkz . Haldemann, Unger ve Cadelo, yukarıdaki dipnot 17.

³⁴ Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2015), sayfa 19.

³⁵ Pablo de Greiff, "Justice and Reparations," *The Handbook of Reparations* içinde, (haz.) Pablo de Greiff (Oxford University Press, 2006), sayfa 456.

³⁶ Blake - Guatemala (Telafiler ve Maliyetler), Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, AAİHM, Seri C No 48 (22 Ocak 1999), sayfa 11.

Tazminatlar konusunda içtihat geliştirmede ön saflarda yer alan bir bölgesel insan hakları mahkemesi olan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (AAİHM), çözüm kavramının nasıl geliştiğine dair çarpıcı bir örnek sunmaktadır. AAİHM tarihsel olarak mümkün olan her durumda "tam iade" kavramını savunmuştur.³⁸ Ancak, bu "düzeltici yargı" yaklaşımının sınırlarının ve "hiçbir şeyin yapılan yanlışı hiç olmamış gibi 'ortadan kaldıramayacağının"³⁹ bilincinde olan AAİHM bir dizi yenilikçi çözüm biçimine öncülük etmiştir. AAİHM, eski hale getirmenin mümkün olmadığı durumlarda çok çeşitli parasal ve parasal olmayan telafi edici tedbirlerle kapı açmıştır. Örneğin, AAİHM, genellikle tazminat gibi diğer daha tipik parasal tedbirlerle birlikte, kamuoyu önünde özür dilenmesine, mağdurların anıtlar veya sokak isimleri ile anılmasına ve uluslararası ve bölgesel insan hakları standartlarıyla bağdaşmayan yasaların veya kamu politikalarının değiştirilmesine veya yürürlükten kaldırılmasına hükmetmiştir.⁴⁰

3. Teliflerin Güncel Bir Tipolojisi

BM'nin 2005 tarihli Çözüm ve Teliflere İlişkin Temel İlkeleri, 1980'lerden 1990'lara telafi tedbirleri yelpazesinin genişleyişini titizlikle yansıtmaktadır.⁴¹ Mevcut uluslararası hukuk ve uygulamayı yansıtan bu ilkeler, "tam ve etkili telifinin" bir dizi çözüme yönelik tedbir yoluyla sağlanabileceği fikrini ortaya koymaktadır: i) eski hale getirme, ii) tazminat, iii) rehabilitasyon iv) tatmin ve v) tekrarlamama güvenceleri.

Teliflerin alabileceği beş biçimi tanımlayan bu çözüme yönelik insan hakları yaklaşımı, BM'nin Cezasızlık Mücadele için Güncellenmiş İlkeleri'nin telafi hakkı ve tekrarlamama güvencesi ile ilgili bölümlerine de yansımıştır.⁴² Bu telafi biçimleri esas olarak devletlerin sorumlu olduğu insan hakları ihlalleri bağlamında geliştirilmiş olsa da, İş Dünyası ve İnsan Hakları Çalışma Grubu "Rehber İlkeler [BMRİ'ler] kapsamında haklarla uyumlu olanlar da dahil olmak üzere etkili bir telifi neyin oluşturacağını anlamak için faydalı bir referans noktası sağladıklarını" kabul etmektedir.⁴³

³⁷ Bu ifade Martti Koskeniemi'nin *The Politics of International Law* (Hart Publishing, 2011) adlı kitabının 153. sayfasından alınmıştır.

³⁸ Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2. baskı, 1. ciltsiz baskı (New York, NY: Cambridge Univ. Press, 2014).

³⁹ Haldemann, Unger ve Cadelo, yukarıdaki dipnot 17, ilke 31.

⁴⁰ Pasqualucci, yukarıdaki dipnot 38.

⁴¹ 1970'lerin sonlarında ve 1980'ler ve 1990'lar boyunca, ICCPR uyarınca oluşturulan BM İnsan Hakları Komitesi, başvuranlara etkili bir çözüm yolu sağlanması konusunda ısrarcı olmuştur. Komisyon, aşağıdakiler de dahil olmak üzere uygun çözümler önermiştir: (a) gerçeklerin ortaya çıkarılması için kamu soruşturması, *bkz.* Comm. No. 84/1981 (Guillermo Ignacio Dermitt Barbato ve Hugo Harold Dermitt Barbato - Uruguay) B.M. GAOR, 38. Oturum, Ek No. 40, 124, BM. Dok. A/38/40 (1983) (yaşam hakkından mahrum bırakma); (b) faillerin adalete önüne çıkarılması, *bkz.* No. 30/1978 (Irene Bleier Lewenhoff ve Rosa Valino de Bleier - Uruguay) B.M. GAOR, 37. Oturum, Ek No. 40, 130, U.N. Dok. A/37/40 (1982) (yaşam hakkından yoksun bırakma); (c) tazminat, *bkz.* No. 25/1978 (Carmen Amendola ve Graciela Baritussio - Uruguay) B.M. GAOR, Hum. Rts. Comm., 37. Oturum, Ek No. 40, 187, BM Dok. A/37/40 (1982) (işkence); (d) ihlalin tekrarlanmamasının sağlanması, *bkz.* Yukarıda atıfta bulunulan Bleier-Uruguay; (e) Kanun değişikliği *Bkz.* yukarıda atıfta bulunulan Bleier-Uruguay; (f) özgürlüğün iadesinin sağlanması, *bkz.* No. 577/1994 (Polay Campos - Peru), BM Dok. A/53/40, cilt II, 36, para. 10 (adil yargılamanın reddi başvuranın serbest bırakılmasını gerektirir), istihdam, *bkz.* Com. 641/1995 (Gedumbe - Congo), BM Dok. A/57/40, cilt II, 24, para. 6.2 (yazar kamu hizmetine ve görevine, bunun gerektirdiği tüm sonuçlarla birlikte veya gerekirse benzer bir göreve, maaş gecikmeleriyle birlikte) veya mülküne geri dönme hakkına sahiptir, *bkz.* Comm. 747/1997 (Des Fours Walderode - Çek Cumhuriyeti), 30 Ekim 2001 tarihli Görüşler, BM. Dok. A/57/40, cilt II, 88, para. 95; (g) tıbbi bakım ve tedavi sağlanması, *bkz.* Comm. No. 63/1979 (Raul Sendic Antonaccio - Uruguay), 28 Ekim 1981 tarihli Görüşler, BM Dok. A/37/40, Ek VIII, 114 (zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza); ve (h) tekrarlamama güvenceleri, *bkz.* Comm. No. 161/1983 (Joaquin David Herrera Rubio - Kolombiya) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Resmi Kayıtları (GAOR), Hum. Rts. Comm., 43. Oturum, Ek No. 40, 190, BM. Dok. A/43/40 (1988) (bu kaybolma ve ölüm vakasında Komite, Devletin etkili telafi önlemleri alma, soruşturmalara devam etme ve gelecekte benzer ihlallerin meydana gelmemesini sağlamak için önlemler alma sorumluluğu olduğunu belirtmiştir). Benzer şekilde, BM düzeyinde bazı özel raporörler de telafi hakkına dikkat çekmiş ya da vurgulamıştır. 1998 yılında, kadına yönelik şiddet, nedenleri ve sonuçları özel raporörünün raporunda, mağdurlar için tazminat, rehabilitasyon ve sosyal hizmetlere erişim gibi bireysel hakların yanı sıra silahlı çatışma dönemlerinde cinsel şiddete maruz kalan mağdurlara ekonomik, sosyal ve psikolojik yardım sağlanması da dahil olmak üzere yasal çözümlere duyulan ihtiyaca değinmiştir (E/CN.4/1998/54). Bölgesel düzeyde, AAİHM erken çözüm yolları sağlamıştır. İlk dava olan *Velásquez Rodríguez - Honduras*, 21 Temmuz 1989 tarihinde, mahkeme "uluslararası bir yükümlülüğün ihlalden kaynaklanan zararın telifi, önceki duruma getirilmesini, ihlalin sonuçlarının telifi edilmesini ve duygusal zarar da dahil olmak üzere patrimonial ve patrimonial olmayan zararların tazmin edilmesini içeren tam bir iadede (*restitutio in integrum*) ibarettir" demiştir. Sonuç olarak mahkeme, doğrudan mağdurların aile üyeleri için kazanç kaybı ve manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Buna ek olarak, mahkeme "kararın (...) başlı başına, mağdurların aileleri için anlam ve önem taşıyan bir tür tazminat ve manevi tatmin olduğuna" işaret etmiştir. Aynı şekilde, *Blake - Guatemala (Telifler)* davasında, 22 Ocak 1999 tarihinde, Mahkeme ayrıca aileye manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. *Loayza Tamayo v. Peru* davasında, 27 Kasım 1998'de Mahkeme, başvuranın *daño emergente* ve *lucrum cessans*'a ek olarak yeni bir zarar kategorisi iddiasını kabul etmiştir. Karar, insan hakları ihlali mağdurlarının, yaşamdan zevk almaya benzer ancak daha geniş bir kavram olan 'projecto de vida'larına müdahale edildiğini kabul etmiştir. Bireysel self-determinasyon kavramıyla bağlantılı olarak, mağdurların kişisel yetenekleri ve hedefleri üzerine kurulu tatminine müdahale durumunda bir tazminat talebine izin verir.

⁴² *Bkz.* BM Genel Kurulu, yukarıdaki dipnot 20, ilkelere 31-38.

⁴³ BM Genel Kurulu, yukarıdaki dipnot 24, sayfa 13.

Özellikle, BMRI'nin 25. İlkesine ilişkin yorum, iş dünyası aktörlerinin iyileştirme sürecine aktif olarak katılma sorumluluğunun çok çeşitli maddi biçimler alabileceğini kabul etmektedir.⁴⁴

Beş telafi biçiminden oluşan bu tipolojinin, olası tüm çözüm tedbirlerinin kapsamlı bir listesi olmadığını vurgulamak son derece önemlidir. Bunlar daha çok, insan hakları organları ve mahkemeler tarafından yıllar süren uygulamalarla ortaya çıkmış ve daha sonra uluslararası yasal standartlara dönüştürülmüştür. Aynı zamanda, bu telafiler tipolojisi tam da belirli zararları ele almaya ve çok sayıda davada hakları ihlal edilen kişilerin beklenti ve ihtiyaçlarına cevap vermeye çalışan uygulamalardan doğduğu için son derece değerlidir.

Aşağıda sunulan telafi biçimleri, mağdurların ihtiyaçları ve öncelikleri doğrultusunda sürekli olarak geliştirilmekte ve genişletilmektedir. Çözümün yeterli ve etkili olabilmesi için, doğrudan zarar görenlerin telafi tedbirlerinin veya iyileştirici eylem planlarının tasarlanması, uygulanması ve izlenmesine katılmaları gerekir⁴⁵

i) Eski hale getirme

Yukarıda açıklandığı üzere, eski hale getirme, mağdurları bir insan hakları ihlali veya zararı meydana gelmeden önceki durumlarına geri döndürmeyi amaçlar. Bu, nadiren yerine getirilebilecek bir istek olsa da aşağıdakiler ve benzeri yollarla eski hale getirmenin mümkün olduğu durumlar da bulunabilir:

- özgürlüğün, kimliğin, aile hayatının veya vatandaşlığın yeniden tesis edilmesi;
- kişinin ikamet ettiği yere geri dönmesi; ve
- mülk iadesi.⁴⁶

İş Dünyası ve İnsan Hakları Çalışma Grubu işle ilgili insan hakları ihlalleri konusunda aşağıdaki örnekleri vermektedir:

"Bir kadın hamileliği nedeniyle işten çıkarılmışsa veya terfi ettirilmemişse, işe geri alınmalı veya hak ettiği pozisyona terfi ettirilmelidir; bir işletme kirliliğe neden olmuşsa, 'kirleten öder' ilkesinin bir parçası olarak çevreyi eski haline getirmesi gerekmektedir."⁴⁷

AAİHM'nin 2020 yılında aldığı dönüm noktası niteliğindeki bir karar, çevreyle ilgili belirli eski hale getirme tedbirleri konusunda rehberlik sağlamaktadır. *Lhaka Honhat Birliği Üyesi Yerli Topluluklar- Arjantin*,⁴⁸ davasında mahkeme tarafından emredilen eylemlerin amacı yerli topraklarındaki yüzey ve yeraltı sularının korunması, içme suyuna kalıcı erişimin güvence altına alınması, orman kaynaklarının daha fazla kaybının önlenmesi ve bu davadaki yerli toplulukların tüm üyelerine kültürel olarak uygun gıdaya kalıcı erişim sağlanmasıdır.

ii) Tazminat

Tazminat, bir tür parasal telafidir ve genellikle eski hale iadenin imkânsız olduğu durumlarda kullanılır. Tazminat, "zararların niceliksel olarak belirlenmesi yoluyla uğranılan zararların telafi edilmesini amaçlayan tedbirleri"⁴⁹ içerir ve hem maddi zarar (ücret kaybı ve kazanç elde etme kapasitesi de dahil olmak üzere mala ve ticarete verilen zararlar) için hem de manevi zarar⁵⁰ (fiziksel ve psikolojik yaralanmaların yanı sıra bireysel acı veya ıstırap gibi manevi zararlar) için verilebilir.

Tazminatın sıklıkla bir telafi biçimi olarak kullanıldığı alanlardan biri de çevreye verilen zararın giderilmeye çalışıldığı durumlardır. Petrol sızıntılarının kırılğan deniz ekosistemlerine geri döndürülemez şekilde zarar vermesi veya bunları yok etmesi gibi durumlarda bu tür çevresel hasarların geri döndürülmesi genellikle imkansızdır. Bu gibi durumlarda, kaybedilen yaşam alanlarının ve biyolojik çeşitliliğin değerini mali tazminata dönüştürmek üzere çeşitli yaklaşımlar uygulanabilir.⁵¹

⁴⁴ Bkz. Birleşmiş Milletler, yukarıdaki dipnot 1, 25. İlkenin Yorumu: "Çözüm; özür, eski hale getirme, rehabilitasyon, mali veya mali olmayan tazminat ve cezai yaptırımların (para cezaları gibi cezai veya idari) yanı sıra, örneğin ihtiyati tedbirler veya tekrarlamama güvenceleri yoluyla zararın önlenmesini içerebilir."

⁴⁵ BM Genel Kurulu, yukarıdaki dipnot 24, Bölüm III, "Etkili hukuk yollarına erişimde hak sahiplerinin merkeziyeti".

⁴⁶ Bkz. Haldemann, Unger ve Cadelo, yukarıdaki dipnot 17, İlke 34.

⁴⁷ BM Genel Kurulu, yukarıdaki dipnot 24, sayfa 13.

⁴⁸ Lhaka Honhat Birliği Üyesi Yerli Topluluklar- Arjantin, (Esaslar, Tazminatlar ve Maliyetler), AAİHM, Seri C No 400 (6 Şubat 2020).

⁴⁹ Greiff, yukarıdaki dipnot 35, sayfa 452.

⁵⁰ Bkz. Douglass Cassel, "The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights," *Out of the Ashes: Reparations for Gross Violations of Human Rights* içinde, (haz.), M. Bossuyt vd. (Intersentia, 2006)

⁵¹ Örneğin, Birleşmiş Milletler Tazminat Komisyonu (BMTK), uluslararası bağlamda çevresel zararın sorumluluğu ve tazmini için benzersiz bir modeldir. 1990-1991 yıllarında Irak'ı Kuveyt'ten çıkarmak için yapılan ve çevreye verilen zarar gözler önüne seren Körfez Savaşı'nı, BMTK'nın zarar gören toprağı, suyu, kıyı ekosistemlerini ve diğer zararları kataloglayan, değerlendiren ve temizlemek ve onarmak için para sağlayan daha gizli yasal süreci takip etti. BMTK çevre davacıları en çok müdahale, izleme, değerlendirme, iyileştirme ve eski haline getirme faaliyetlerinin maliyeti için tazminat talep etmiştir. Bkz. Örneğin, Cymie R. Payne, *Developments in the Law of Environmental Reparations*, cilt 1 (Oxford University Press, 2017).

Ancak, eski hale getirmede olduğu gibi, bir çözüm yolu olarak tazminatın da önemli sınırlılıkları vardır.

Örneğin, çevresel zararın giderilmesi söz konusu olduğunda, bu zararı nelerin oluşturduğu konusunda genellikle bir fikir birliği yoktur. Ayrıca, bu zararı mali açıdan ölçmek de çoğu zaman mümkün değildir.

Örneğin, Şili'deki Cajón del Maipo'da yaşayan toplulukların durumunda, bir hidroelektrik projesinin tüm Maipo Nehri havzası üzerindeki yıkıcı etkileri sonucunda ciddi su, biyoçeşitlilik, geçim kaynakları ve kültürel uyum kaybı ortaya çıkmıştır. Özellikle de toplu olarak düşünüldüğünde bu etkilerin yol açtığı kayıpların hesaplanması imkansızdır.⁵² Bu nedenle, bu tür zararlar için uygun tazminatın belirlenmesine yönelik her türlü girişime, çevresel zarardan doğrudan etkilenen topluluklar tarafından bilgi aktarılmalıdır. Aynı zamanda, yukarıda bahsedilen Şili örneğinde olduğu gibi toprakları kirlenmiş veya bozulmuş olan birçok topluluk belirli bir yerde güçlü bir aidiyet duygusuna sahip olmakla bağlantılı dini, manevi ve sosyal uyumun değerinin⁵³ çoğu zaman paranın satın alabileceğinin ötesine geçtiğini ve dolayısıyla tazminatı yetersiz kaldığını vurgulamaktadır.

iii) Rehabilitasyon (Eski Sağlığına ya da Haklarına Kavuşturma)

Bir telafi biçimi olarak rehabilitasyon, tıbbi ve psikolojik bakım ile hukuki ve sosyal hizmetleri içerebilir.⁵⁴ İş dünyasıyla bağlantılı insan hakları ihlalleri bağlamında, "ciddi bir insan hakları ihlalinin mağduruna yaşam planını yeniden inşa etmek veya uğradığı zararı mümkün olduğunca azaltmak üzere her türlü süreç ve hizmeti"⁵⁵ sağlamak için bütüncül bir rehabilite edici çözüm anlayışı kullanılmalıdır.

İş Dünyası ve İnsan Hakları Çalışma Grubu, bütüncül yaklaşımı göstermek için şu örneği vermektedir: "eğer insanlar bir altyapı projesi veya baraj inşaatı nedeniyle topraklarından edilirse, sadece uygun bir alternatif toprak parçası sağlanması etkili bir çözüm sunabilir, çünkü toprak nesiller boyu geçimlerini sağlayabilir."⁵⁶

iv) Tatmin

Tatmin, genellikle zararın haksız niteliğini vurgulamayı, acıyı kamusal ve sembolik olarak kabul etmeyi ve zarar görenlerin onuruna saygı göstermeyi amaçlayan çok sayıda farklı önlemi içeren özellikle geniş bir kategoridir. Bu tedbirler şunları içerebilir:

- Devam eden ihlallerin durdurulması,
- Gerçeğin ifşası,
- Cesetlerin bulunması,
- Saygınlığı yeniden tesis etmek için resmi bir bildiri,
- Kamuoyu önünde özür dilenmesi ve hatanın kabul edilmesi,
- Faillere yönelik yaptırımlar,
- Anma törenleri veya
- İhlallerin eğitim materyallerine dahil edilmesi⁵⁷

Örneğin, "insan hakları ihlallerine (ör., insan hakları savunucularının zorla kaybedilmesi veya öldürülmesi) kimin sebep olduğunu tespit etmek için yapılacak bir inceleme soruşturması, mağdurların veya hayatta kalanların duygusal veya psikolojik yaralarının sarılmasına yardımcı olabilir."⁵⁸ Ayrıca, "iş dünyasıyla bağlantılı insan hakları ihlallerinden etkilenen hak sahipleri genellikle gerçek ve anlamlı bir kamusal özrü, parayla tazmin edilemeyecek olanın kısmen telafi edilmesi için hayati bir çözüm olarak görmektedir."⁵⁹

⁵² Bkz. "No Alto Maipo: The Chilean Government Must Act Upon the Call from UN Experts with Urgency, Prioritizing Water and Health Rights over Economic Interests," Uluslararası Çevre Hukuku Merkezi, Basın Odası, 21 Ağustos 2020, <https://www.ciel.org/news/no-alto-maipo-the-chilean-government-must-act-upon-the-call-from-un-experts-with-urgency-prioritizing-water-and-health-rights-over-economic-interests/>

⁵³ Genel olarak bkz. Bruley, E., B. Locatelli, ve S. Lavorel. "Nature's contributions to people: coproducing quality of life from multifunctional landscapes." *Ecology and Society* 26(1):12. (2021)

⁵⁴ Bkz. Haldemann, Unger ve Cadelo, yukarıdaki dipnot 17.

⁵⁵ Clara Sandoval, *Rehabilitation as a Form of Reparation under International Law*, (London, UK: Redress Trust, 2009), sayfa 10.

⁵⁶ BM Genel Kurulu, yukarıdaki dipnot 24, sayfa 15.

⁵⁷ Bkz. Haldemann, Unger ve Cadelo, yukarıdaki dipnot 17.

⁵⁸ BM Genel Kurulu, yukarıdaki dipnot 24, sayfa 15.

⁵⁹ Bkz. aynı yer.

v) Tekrarlamama Güvencesi

Tekrarlamama güvenceleri gelecekte benzer bir zararın tekrarlanmasını önlemeyi amaçlayan tedbirlerdir. İş Dünyası ve İnsan Hakları Çalışma Grubu'nun da belirttiği gibi, devletler ve ticari işletmeler "geçmişte yaşanan insan hakları ihlallerinden dersler çıkarmalı ve gelecekte aynı veya başka yerlerde benzer ihlallerin tekrarlanmasını önlemek için adımlar atmalıdır. Tekrarlamama güvenceleri bu bağlamda hem belirli ihlallerin tekrarlanmasının önlenmesi hem de genel olarak iş dünyasıyla bağlantılı insan hakları ihlallerinin engellenmesi için ileriye dönük yararlı bir araç olabilir."⁶⁰ Tekrarlamama güvencelerine örnek olarak şunlar verilebilir:

- Kurumsal reformlar,
- İnsan hakları normlarının ticari faaliyetlere entegre edilmesi konusunda farkındalık yaratılması veya
- Uyum programlarının başlatılması.

Bu beş telafi biçimi birbirini dışlamaz; aksine, çözümün mümkün olduğunca etkili ve kapsamlı olmasını sağlamak için çok sayıda telafi biçiminin benimsenmesi çoğu zaman uygun ve hatta gerekli olabilir. Her bir tedbir uğranılan zararın sonuçlarının farklı yönlerini ele aldığından, birbirlerinin yerine kolayca kullanılamazlar. Telafi programının kapsamlı niteliğini dikkate almadan çözüm sağlayan bir faaliyeti yürütmek, bir bütün olarak telafi edici etkiyi tehlikeye atabilir. Örneğin, tazminat veya rehabilitasyon çabalarının yokluğunda bir tatmin ölçüsü olarak geçişin açıklanması boş bir jest olarak

algılanabilir. Aynı şekilde, hakikatin söylenmemesi, hatalı davranışın resmi olarak kabul edilmemesi veya kamuya açık bir özür dilenmemesi halinde maddi veya parasal tazminat, sorumluluk üstlenmekten kaçınmak için mağdurların rızasını satın almaya yönelik bir girişim olarak algılanabilir.⁶¹

Buna ek olarak, yukarıda açıklanan telafi biçimlerinin çoğu (özellikle eski hale getirme, tazminat, rehabilitasyon ve tatmin) halihazırda meydana gelmiş zararları "geriye dönük" bir odakla çözmeye çalışırken, tekrarlamama güvenceleri benzer ihlallerin veya zararların gelecekte tekrar meydana gelmesini önlemeye çalıştıkları için "ileriye dönüktür".

Çözümün etkili ve anlamlı olarak görülmesini sağlamak için her iki telafi türünün de dahil edilmesi genellikle önemlidir. Örneğin, çözüm için yalnızca "geriye dönük" bir yaklaşımın uygulanması, kurbanları ihlallerin muhtemel olduğu ve olmaya devam edeceği, mahrumiyet veya ayrımcılık gibi baştakine benzer bir savunmasızlık durumuna geri döndürebilir. Bu tür bağlamlarda, mağdurlar çözümün ancak ilk ihlale imkan veren ya da neden olan koşulları gelecekteki ihlalleri önleyecek şekilde dönüştürdüğü takdirde etkili olacağını düşünebilirler.⁶² Benzer şekilde, yalnızca gelecekte başkalarına yönelik varsayımsal zararları önlemek üzere tasarlanmış "ileriye dönük" onarıcı eylemler sunulan mağdurlar, mevcut zarar durumlarının neden somut ya da sembolik olarak ele alınmadığını sorgulayacaklardır.⁶³ Sadece gelecekteki zararları önlemeye odaklanmak, telafilerin geçmişteki kabahatleri tanıma ve kabul etmenin bir yolu olarak hizmet ederken aynı zamanda halihazırda meydana gelmiş zararları onarma kabiliyetini zayıflatır.⁶⁴

⁶⁰ Bkz. BM Genel Kurulu, yukarıdaki dipnot 24, sayfa 16.

⁶¹ Greiff, yukarıdaki dipnot 35.

⁶² Rodrigo Uprimny Yepes, "Transformative Reparations of Massive Gross Human Rights Violations: Between Corrective and Distributive Justice," *Netherlands Quarterly of Human Rights* 27, no. 4 (Aralık 2009): 625-47.

⁶³ 2017 yılında Coordinadora Ciudadana No Alto Maipo, Ecosistemas ve CIEL, Alto Maipo Hidroelektrik Projesi ile ilgili olarak Amerikalılar Arası Kalkınma Bankası'nın (AAKB) Bağımsız Danışma ve Soruşturma Mekanizması (MICI) ve Uluslararası Finans Kurumu'nun (IFC) Uyum Danışmanı Ombudsmanı (CAO) nezdinde iki ayrı şikayette bulunmuştur. MICI'nin Uygunluk İnceleme Raporunun bulguları ve tavsiyeleri sonucunda oluşturulan Yönetim Eylem Planı, AAKB Grubunun çevresel ve sosyal koruma politikalarının bir parçası olarak toplumsal cinsiyete dayalı şiddete karşı genel bir sıfır tolerans politikası oluşturulmasına yönelik ileriye dönük onarıcı eylemlerin yanı sıra devam eden proje faaliyetlerine ilişkin bir dizi önlem içermektedir. Buna karşılık, CAO'nun Uygunluk Soruşturması Raporundan kaynaklanan Yönetim Eylem Planı, IFC'nin hidroelektrik projelerine yaklaşımı, kümülatif etki değerlendirmesi ve yönetimi için paydaş katılımı, personel için cinsiyete dayalı şiddetin yönetimine ilişkin rehberlik, geniş topluluk desteğinin açıklanması, ortam hava kalitesinin izlenmesi, çevresel ve sosyal etki değerlendirmesiyle ilgili belgelere ilişkin açıklama ve açıklama sistemleri dahil olmak üzere çok sayıda konuda yalnızca ileriye dönük iyileştirici eylemler içeriyordu. Önlemlerin hiçbirisi Şili'deki Cajón del Maipo'da topluluklara zarar verme durumunu ele almamış olsa da, muhtemelen hem AAKB hem de IFC'nin gelecekteki projeleri üzerinde etkileri olacaktır.

⁶⁴ Margaret Urban Walker, "Transformative Reparations? A Critical Look at a Current Trend in Thinking about Gender-Just Reparations," *International Journal of Transitional Justice* 10, no. 1 (Mart 2016): 108-25.

Son olarak, nasıl ki zararlar hem bireysel hem de kolektif olarak yaşanabiliyorsa (örneğin, geçim kaynaklarının ve ilişkilerin yanı sıra "toplumsal bağların, kapasitelerin ve bilginin" ⁶⁵ tahrip edilmesi yoluyla), telafiler de bireysel ve/veya kolektif zararları gidermeye çalışabilir. Genel olarak, kolektif tazminatlar "mağdurların ortak ihtiyaçlarını daha iyi karşılayabilir." ⁶⁶ Örneğin, *Mayagna (Sumo) Awas Tingi Topluluğu - Nikaragua*'da AAİHM, devletin, yerli toplulukların topraklarının sınırlandırılması, belirlenmesi ve tapulandırılması için kendi örf ve adet hukuku, değerleri ve geleneklerine uygun olarak etkili bir mekanizma oluşturulmasına yönelik tedbirler almasını emretmiştir. ⁶⁷ Bu emsal karar Latin Amerika'daki Yerli Halklar için çığır açıcı olsa da, kararın üzerinden 20 yıldan fazla bir süre geçmesine rağmen Nikaragua'daki toprak sömürüsü ve çatışmalar nedeniyle toplulukların sınırlandırma ve tapulama sürecinde engellerle karşılaşmaya devam etmesi, toplulukların etkili bir çözüm elde etmesinin ne kadar zor olduğunu göstermektedir.

Benzer şekilde, telafilere kolektif bir yaklaşım genellikle "grup zararını onarmayı amaçlayan sembolik tedbirlerde, kamu anlayışını bilinçlendirmede ve özürler, anıtlar ve tekrarlamama güvenceleri gibi yollarla mağdurların acılarının anılmasında" mevcuttur. ⁶⁸ Örneğin, ekosistemlerin veya toplulukların topraklarının ciddi şekilde zarar gördüğü durumlarda, kolektif telafi biçimleri topraklarının ve geçim kaynaklarının rehabilite edilmesinde hayati bir rol oynayabilir ve etkilenen tüm topluluğu rahatlatarak topluluk üyelerinin yaşamlarını tekrar kurmalarına yardımcı olabilir.

4. Çözüm Konusunu Destekleyen KFK'ları Bilgilendirmek için Uluslararası Hukuk Uygulamaları

Son yıllarda birçok KFK, kalkınma projelerinden zarar gören toplulukların endişelerini dile getirebilecekleri alanlara erişimlerini, araştırılmasını ve hatta proje

geliştiricileri ile diyaloga girmelerini sağlamak için sistemler ve mekanizmalar kurma konusunda önemli ilerlemeler kaydetmiştir. Bu, çözümün usule ilişkin yönünün belirlenmesi açısından bir ilerleme olarak değerlendirilebilir.

Ancak kurumlar, hesap verebilirlik mekanizmaları kendi çevresel, sosyal ve yönetim standartlarının gerisinde kaldıklarını ortaya koysa bile, finanse ettikleri projeler bağlamında meydana gelen zararlar için maddi bir çözüm sağlamakta hala başarısız olmaktadır. Sonuç olarak, dünyanın dört bir yanındaki topluluklar zararlı sonuçlara katlanmaktadır.

KFK'ların mevcut hesap verebilirlik mekanizmaları, onarıcı eylem için politikalar veya çerçeveler oluşturmak için bir temel işlevi görebilirken, kalkınma bankaları, zamanı geldiğinde çözüm sağlama taahhütlerini tesis etme konusunda daha fazla adım atmalıdır. KFK'ların, ilgili uluslararası standartlara ve mevcut en iyi uygulamalara dayalı çözümler sunmak üzere IAM, yönetim ve personelin birlikte hareket ederek ve yönetim kurulu desteğiyle hak temelli çerçeveler oluşturmak için hızla hareket etmeleri hem gerekli hem de mümkündür.

KFK'lar bu boşluğu nasıl dolduracaklarını düşünürken, çözüm kavramının ve uygulamasının uluslararası insan hakları hukukunda gördüğü muameleyi yakından incelemelidir. KFK'lar özellikle, meydana gelebilecek birçok zarar türüne yanıt vermek için tek bir çözüm yolunun yeterli olmadığını kabul etmelidir. Nasıl ki tek bir telafi tedbiri uluslararası hukuk alanının ele almaya çalıştığı sayısız zararla başa çıkmak için yeterli değilse, KFK'ların da herhangi bir telafi şeklini - ister maddi tazminat ister ileriye dönük kurumsal reformlar olsun - zararı gidermek için tek araç olarak görmeleri yetersiz olacaktır.

Bunun yerine, KFK'lar çözüm sağlamak için mevcut tüm araçları değerlendirmelidir. DFK'lar bunu yaparken, etkilenen toplulukların katılımının çözümün etkili ve anlamlı olmasını sağlamak için gerekli olduğunu kabul etmelidir.

⁶⁵ Hugo van der Merwe, "Reparations through Different Lenses: The Culture, Rights and Politics of Healing and Empowerment after Mass Atrocities," *Reparation for Victims of Crimes against Humanity: The Healing Role of Reparation* içinde, haz. Jo-Anne M. Wemmers, Routledge Frontiers of Criminal Justice 19 (Milton Park, Abingdon, Oxon: Routledge, 2014), sayfa 202.

⁶⁶ Luke Moffett, "Transitional Justice and Reparations: Remediating the Past?," *Research Handbook on Transitional Justice* içinde, haz., Cheryl Lawther ve Dov Jacobs, Research Handbooks in International Law Series (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2017), sayfa 388.

⁶⁷ Mayagna (Sumo) Awas Tingi Topluluğu-Nikaragua (Esaslar, Tazminatlar ve Maliyetler), AAİHM, Seri C 79 (31 Ağustos 2001), para. 164-167.

⁶⁸ Luke Moffett, yukarıdaki dipnot 64, sayfa 387.

Etkilenen her topluluğun zarar deneyimi farklıdır ve bu nedenle belirlenen ihtiyaçları ve çözüm öncelikleri de farklılık gösterir. Buna ek olarak, bu durumdan en çok etkilenen insanlar, somut veya sembolik, geriye veya ileriye dönük, bireysel veya kolektif hangi önlemlerin kendi durumlarını çözmeye en etkili olabileceğini en yakından bilenlerdir. Son olarak, uluslararası hukuk alanındaki deneyimlerin de gösterdiği üzere, zarar görenlerin katkısı, telafi edici eylemlerin boş jestler olarak veya onarıma yönelik son derece anlamlı adımlar olarak algılanması arasındaki fark anlamına gelebilir.

Öneriler

- KFK'lar, finanse ettikleri projelerde zarar meydana geldiğinde derhal telafi edici eylemler için çerçeveler geliştirmelidir. Bu tür onarıcı çerçeveler, mevcut hesap verebilirlik süreçlerinin etkilenen topluluklar için anlamlı sonuçlar doğurmasını sağlamak için elzemdir. Ayrıca, bankaların sadece usule ilişkin değil, aynı zamanda esasa ilişkin çözüm sağlama sorumluluklarını yerine getirmeleri için de gereklidirler.

- KFK'lar, onarıcı eylem için çerçeve geliştirme sürecine dahil olurken, etkilenen toplulukların bakış açılarını dikkate almalı ve geçmiş şikayetlerden ve deneyimlerden ders çıkarmalıdır.
- Nihayetinde KFK'lar tarafından benimsenen onarıcı çerçeveler, çözümün çeşitli şekillerde olabileceğini kabul ederek, çözüm anlayışlarında geniş kapsamlı olmalıdır. Zararın niteliğine, toplumun ifade edilen ihtiyaçlarına ve önceliklerine ve diğer faktörlere bağlı olarak, etkili bir çözüm eski hale getirme, tazminat, rehabilitasyon, tatmin veya bir daha tekrarlamama güvencesi gerektirebilir. Birçok durumda, etkili bir çözüm sağlamak için bu telafi biçimlerinin bir birleşimi gerekli olacaktır.
- Nihayetinde KFK'lar tarafından benimsenen onarıcı çerçeveler, etkilenen toplulukların, onarıcı eylem planlarının tasarlanması, uygulanması ve izlenmesi süreçlerine dahil olarak kendi durumlarında çözümün ne olması gerektiğinin belirlenmesine doğrudan katılma fırsatına sahip olmalarını güvence altına almalıdır.



1101 15th Street NW, #1100, Washington, DC 20005
15 rue des Savoises, 1205 Cenevre, İsviçre www.ciel.org

Zararın Çözümü (Giderilmesi): Kalkınma Finansmanı için Uluslararası Hukuktan Dersler Luisa Gómez Betancur, Sarah Dorman ve Carla García Zendejas tarafından yazılmıştır. Lani Furber ve Cate Bonacini tarafından hazırlanmıştır.

CIEL tarafından hazırlanan *Zararın Çözümü (Giderilmesi): Kalkınma Finansmanı için Uluslararası Hukuktan Dersler*, Creative Commons Attribution-NoDerivs-NonCommercial 1.0 Generic Lisansı altında lisanslıdır. Bu lisansın bir kopyasını görüntülemek için şu adresi ziyaret edin <http://creativecommons.org/licenses/by-nd-nc/1.0/> veya Creative Commons, 444 Castro Street, Suite 900, Mountain View, California, 94041, ABD adresine bir mektup gönderin.

Tasarım ve Düzen: Taylor Black,

Kapak Fotoğrafı: Carla García Zendejas,

**Bu belge Etkin AB Programı tarafından Türkçe'ye çevrilmiştir ve hiçbir şekilde Avrupa Birliği'nin görüşlerini yansıtmamaktadır. Çeviriden kaynaklanabilecek herhangi bir hatadan Center for International Environmental Law (CIEL) sorumlu tutulamaz.*