

Zorla Kaybetme Yasağı Uluslararası Hukukta Neden *Jus Cogens* Statüsüne Ulaştı?*

Jeremy Sarkin**

Extraordinary Hukuk Profesörü¹, Güney Afrika Üniversitesi;
Üye, Başkan-Raportör (2009-2012), BM Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Çalışma Grubu

Özet

Bu makalede, *jus cogens*'in zorla kaybetmelerin yasaklanmasını içerip içeremeyeceği sorusu ve bu sorunun neden önemli olduğu ele alınmaktadır. *Jus cogens* kavramının anlamı, bağlamı, gelişimi, yasal statüsü ve konumunun yanı sıra uluslararası hukukta zorla kaybetmenin yeri ve bunların birbirleriyle ilişkileri incelenmektedir. Ayrıca uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukukunda da zorla kaybetmenin yasal statüsü araştırılmaktadır. Makale, zorla kaybetme yasağının *jus cogens* statüsüne ulaştığını göstermek için, son yıllardaki gelişmeler de dahil olmak üzere uluslararası hukukun tarihsel gelişimini gözden geçirmektedir. Çeşitli kaynaklardan çıkan içtihatlarla birlikte yasal çerçeve incelenmektedir. Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon, Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme, Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Roma Statüsü, Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (ICED) gibi zorla kaybetme ile ilgili özel anlaşmalar gözden geçirilmektedir. Makale boyunca *jus cogens*'in ne olduğu, kavram etrafındaki tartışmalar, farklı düşünce okullarının farklı anlama biçimleri ve tüm bu unsurların zorla kaybetme yasağının *jus cogens* statüsüne ulaşip ulaşmamasına nasıl etki ettiği tartışılmaktadır. *Jus cogens*'in özellikle devlet uygulamaları ile ilişkili olarak hukuki statüsünü belirleyebilmek ve zorla kaybetme yasağının *jus cogens* olup olmadığını görmek amacıyla zorla kaybetmelerle ilgili tarihsel gelişmeler detaylı biçimde incelenmektedir.

Anahtar kelimeler: zorla kaybetmeler, suç, *jus cogens*, uluslararası hukuk, uluslararası insan hakları hukuku, Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon, Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme, Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Roma Statüsü, Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (ICED), devlet uygulamaları

* İngilizce orijinalinden *Hafıza Merkezi* adına Başak Kocadost tarafından çevrilmiştir.

** Bu makale, Nazi dönemi sırasında on binlerce Yahudi'nin hayatının kurtarılmasına yardım eden Raoul Wallenberg'in 100. doğum yıldönümü anısına yazılmıştır. Wallenberg'in kendisi de 1945 yılında zorla kaybedilmiştir ve akıbeti bugüne kadar meçhul kalmıştır. Yazar kendi kişisel yetkisine dayanarak yazmaktadır. E-posta: JSarkin@post.harvard.edu.

¹ Belirli bir kürsüsü olmayan hukuk profesörleri için kullanılan bir statü.

Bahsi geçen saldırıların dikkate değer ağırlığı ve hakların doğasının zarar görmesi karşısında; zorla kaybetme yasağı ve buna uygun olarak sorumluları soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğü, *jus cogens* statüsüne ulaşmıştır.

Goiburú/Paraguay, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (2006).²

1. Giriş

Zorla kaybetme, yakın geçmişte dünyanın birçok yerinde sistematik olarak uygulanmıştır.³ Bu eylem, işlenebilecek en kötü insan hakları ihlallerinden biridir.⁴ Kurbanlar uzak yerlerde saklanmakta,⁵ sıklıkla işkenceye uğramakta ve öldürülerek bedenleri gizli bölgelere atılmaktadır. Aileler, bazen süresiz olarak,⁶ sevdiklerinin akıbetlerini merak etmektedirler. Toplanan bilgiler, son 50 yıl içinde dünya çapında muhtemelen bir milyon insanın kaybedildiğine işaret etmektedir. Rakamlar eksik bildirimler sebebiyle daha yüksek olabilir. Çok sayıda insan Nazi dönemi sırasında kaybedilmiştir.⁷

Zorla kaybetme suçunun ağırlığı kaçırma, yasadışı tutuklama, gizli alıkoyma (ve böylece kurbanları bilinmeyen, sonuç olarak hukukun korumasının dışında yerlere yerleştirme), işkence, yargısız infaz ve bedenleri tahrip etme ya da saklama gibi pek çok hukuka aykırı eylemi barındıran karma bir suç olmasından kaynaklanmaktadır. Zorla kaybetmeler yaşam hakkı, işkenceye uğramama hakkı, özgürlük hakkı, insanlık onuru hakkı, adil yargılanma hakkı, kimlik hakkı⁸ ve adalete erişim hakkı⁹ gibi birçok insan hakkını ihlal eder.

² *Goiburú/Paraguay*, 22 Eylül 2006 tarihli karar, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Seri C, No. 153, paragraf 84. 2011 yılında *Contreras Davası*'nda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi şöyle belirtmiştir: "Hem zorla kaybetmelerin yasaklanması hem de ilgili sorumluları soruşturma ve neticesinde cezalandırma yükümlülüğü, *jus cogens* statüsüne ulaşmıştır." *Contreras/El Salvador*, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 31 Ağustos 2011 tarihli karar, Seri C, No. 232, paragraf 83.

³ J. Sarkin, "Integrating Transitional Justice and Demobilisation, Disarmament and Reintegration: The Need to Achieve Rehabilitation, Reintegration and Reconciliation for Child Soldiers and Child Victims of Enforced Disappearances" (der.) S. Parmentier vd., *Rehabilitation and Reintegration of War-Affected Children* içinde (Intersentia, 2012) ss. 77-101.

⁴ M. Nowak, "Monitoring Disappearances - The Difficult Path From Clarifying Past Cases to Effectively Preventing Future Ones", *European Human Rights Law Review* (1996) s. 3.

⁵ Bkz. "Interview with UN Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances Chair- Rapporteur Jeremy Sarkin on the Secret Detention Study", 8:1 *Essex Human Rights Review* (2011) ss. 57-67.

⁶ S. Robins, "A Participatory Approach to Ethnographic Research with Victims of Gross Human Rights Violations: Studying Families of the Disappeared in Postconflict Nepal", (der.) A. Özerdem ve R. Bowd, *Participatory Research Methodologies in Development and Post Disaster/Conflict Reconstruction* içinde (Ashgate, Londra, 2010) ss. 181-196.

⁷ S. Horton, "Kreigsraison or Military Necessity? The Bush Administration's Whilhelmine Attitude towards the Conduct of War", 30:3 *Fordham International Law Journal* (2007) ss. 576-598. Bkz. genel olarak B. Barff, "No Lessons Learned from the Holocaust: Assessing the Risks of Genocide and Political Mass Murders since 1955", 97:1 *American Political Science Review* (2003) ss. 57-73; B. A. Valentino, *Final Solutions: Mass Killing and Genocide in the Twentieth Century* (Cornell University Press, New York, 2004) ve M. Levene, "Why Is the Twentieth Century the Century of Genocide?", 11:2 *Journal of World History* (2000) ss. 305-333.

⁸ Zorla kaybetme, kaybolan insanların hukuki varlığının inkârını da kapsar ve bunun sonucu olarak söz konusu bireylerin başka her türlü insan hakkı ve özgürlükten faydalanması engellenmiş olur. *Daha fazla bilgi için bkz.* L. Avery, "A Return to Life: The Right to Identity and the Right to Identify Argentina's 'Living Disappeared'", 27 *Harvard Women's Law Journal* (2004) ss. 235 ve 259.

⁹ Buna ek olarak, alınan kararların bir kısmı zorla kaybetmenin aile hayatı kurma ya da başka ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ihlaline sebebiyet verdiği hükmetmiştir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, kaybetmelerin "acı ve ıstırapın yanı sıra kamu yöneticilerinin soruşturma konusundaki yetersizliği sonucu

Son yıllarda uluslararası hukukta zorla kaybetme sorununu ele almak için birçok şey yapılmıştır.¹⁰ Günümüzde ise bu sorun, uluslararası hukukta epeyce ele alınmaktadır. Çok sayıda insan hakları belgesi gündeme gelmiş ve özel olarak ya da çalışmalarının bir parçası olarak bu sorunla uğraşmak üzere çok sayıda mahkeme ve benzer kurum oluşturulmuştur. Şu an uluslararası hukuk, Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon, Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme, Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Roma Statüsü ve Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (ICED) aracılığıyla özel olarak zorla kaybetme vakalarıyla ilgilenmektedir.

Uluslararası hukukta zorla kaybetmelerle ilgili en son gelişme Aralık 2010'da ICED'in yürürlüğe girmesi ve Sözleşme ile kurulan Zorla Kaybetmeler Komitesi'nin (CED) hayata geçmesi olmuştur.¹¹ Nisan 2012'de, Sözleşme'yi 32 devlet onaylamış ve 91 devlet de imzalamıştır. Ne yazık ki anlaşmayı onaylayan bu 32 ülke arasında Meksika dışında, kayıp vakalarının çokça yaşandığı ülkeler temsil edilmemektedir. Ayrıca anlaşmayı onaylayan 32 devletin sadece 12'si, CED'in kişisel başvuruları kabul etme ve inceleme yetkisini kabul etmiştir. Sadece 13 devlet, devletler arası şikâyetler söz konusu olduğunda CED'in yargılama yetkisini kabul etmiştir.¹²

Zorla kaybetmeler, aynı anda birden çok hakkın ihlali olarak sınıflandırıldığı için Kişisel ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ICCPR);¹³ İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme (CAT); Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (CRC); Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) gibi çok sayıda diğer sözleşmenin ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gibi daha birçok belge ve kanunun da ihlal edilmesi olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple zorla kaybetmeler, devletlerin söz konusu anlaşmalara uyup uymadıklarını izleyen sözleşme organları ve mahkemelerle diğer kurumlar tarafından ele alınmaktadır. Nitekim zorla kaybetmeler, sadece kayıplarla ilgili özel belgelerin kapsamına girmez; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi¹⁴ gibi çeşitli bölgesel insan

güvensizlik, hayal kırıklığı ve güçsüzlük hissi yarattığı" hükmüne vararak aile üyelerini insanlık dışı muamele kurbanı olarak tayin etmiştir. *Blake/Guatemala*, 24 Ocak 1998 tarihli karar, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Dilekçe No. 11.219/1993. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bazı davalarda zorla kaybetmenin kayıp bireyin aile üyeleri açısından bir insan hakkı ihlali olduğu kararına varmıştır. *Taş/Türkiye davası*, 14 Kasım 2000, Başvuru No. 24396/94 <cmiskp.echr.coe.int/tkpl97/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=Tas%20%7C%20v.%20%7C%20Turkey&sessionid=95477434&skin=hudoc-en>, Son erişim tarihi: 14 Mart 2012.

¹⁰ L. Ott, *Enforced Disappearance in International Law*, (Intersentia, 2011). STK'ların zorla kaybetmelerle mücadeledeki rolü için bkz. R. Arditti, *Searching for Life: The Grandmothers of the Plaza de Mayo and the Disappeared Children of Argentina* (University of California Press, Kaliforniya, 1999).

¹¹ P. Stevens, "The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance - A Welcoming Response to a Worldwide Phenomenon with Limited Relief", 73 *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law* (2010) s. 368.

¹² Devletler hakkındaki şikâyetlerde CED'in yeterliliğini kabul eden 13 devlet Arnavutluk, Arjantin, Belçika, Şili, Ekvador, Fransa, Japonya, Mali, Karadağ, Hollanda, Sırbistan, İspanya ve Uruguay'dır. Bireysel şikâyetlerde CED'in yeterliliğini kabul edenlerse Japonya hariç sayılan diğer 12 devletten oluşmaktadır.

¹³ İnsan Hakları Komitesi, zorla kaybetmenin Sözleşme'de tanınan pek çok hak ve özgürlüğü ihlal ettiği sonucuna varmıştır, *Zohra Madoui Davası*, paragraf 7.5. İnsan Hakları Komitesi Kasım 2011'de toplanan 103. oturumunda *Traoré/Fildişi Sahili Davası*'na ilişkin Fildişi Sahili'nin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'yi (ICCPR) ihlal ettiğine karar vermiştir. Devlet 2002'de zorla kaybetme, gizli gözaltı ve mağdurlara etkin tedavi sağlamama da dahil çeşitli hakların ihlalinden de sorumlu bulunmuştur.

¹⁴ Daha fazla bilgi için bkz. J. Sarkin "The Role of the United Nations, the African Union and Africa's Sub-Regional Structures in Dealing with Africa's Human Rights Problems: Connecting Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect", 53:1 *Journal of African Law* (2009) ss. 1-33 ve J. Sarkin, "The Role of Regional Systems in Enforcing State Human Rights Compliance: Evaluating the African Commission on Human and People's Rights and the New African Court of Justice and Human Rights with Comparative Lessons from the Council of Europe

hakları sözleşmeleri de dahil olmak üzere çok sayıda diğer sözleşme ve belgeyi de ihlal ederler. Zorla kaybetmeler meselesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi¹⁵, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ile Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ve de Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi¹⁶ ve ayrıca kurucu belgelerinde özel olarak zorla kaybetmelerden bahsedilmese de birçok diğer organ tarafından da ele alınmıştır. Zorla kaybetmenin konvansiyonel hukukla beraber diğer sözleşme ve belgelerin ihlali olmasının yanı sıra ayrıca uluslararası teamül hukukunun da ihlali anlamına geldiğini unutmamak gerekir.

Bu konuda birçok adım atıldığı, sorunu ele alma bağlamında birçok şey yapıldığı ve zorla kaybetmelere hiçbir şekilde müsamaha edilemeyeceği noktasında yaygın bir kabul oluştuğu için bu makalede zorla kaybetme yasağının günümüzde *jus cogens* statüsünde sınıflandırılabilirliği iddia edilmektedir.

Jus cogens normlarının en yüksek, en temel ya da en zorlayıcı uluslararası yasalar olduğu söylenebilir. "Uluslararası toplumun bütünü tarafından ahlaki olarak kesinlikle kabul edilemez bulunacak kadar içler acısı"¹⁷ olan bir davranış söz konusu olduğunda ortaya çıkar. Bu sebeple *jus cogens* normlarının, diğer norm ve ilkeler arasında hiyerarşik anlamda en yüksek pozisyona sahip olan "üstün normlar"¹⁸ ya da "üstün yasalar"¹⁹ oldukları savunulmaktadır. *Jus cogens* normlarının "üstün örf" türleri oldukları, ampirik ötesi kaynaklara dayandıkları ve dolayısıyla da geçerliliklerinin ispatı olarak herhangi bir uygulama örneği gösterilmesine gerek olmadığı²⁰ ileri sürülmüştür. Nasıl ortaya çıktıklarına ve devletlerin rıza göstermeleri ya da kabul etmelerine bakılmaksızın uluslararası hukuk hiyerarşisinde en önemli yeri tutarlar.²¹ Uluslararası hukuktaki öncül pozisyonları ile de "emredici" ve sınırlandırılmaz statülerinden ötürü diğer tüm normların üstünde değerlendirilirler.²² Böylece yüksek mevki verilmiş olarak diğer normların üzerinde yer alırlar. Bu sebeple devletlerin bu normlara, başka herhangi bir uluslararası yasa ya da ilkeden daha fazla riayet etmeleri gerekmektedir.

Jus cogens'in kökeni ve anlamı üzerine, bazı çevrelerde hâlâ devam eden, muazzam bir tartışma yaşanmıştır. Ancak kavramın rolünü ve geçerliliğini halen inkâr edenler mevcuttur. *Jus cogens* normların kökeni ve yeni *jus cogens* normların nasıl yaratılacağı gibi hususlarda sınırlı bir görüş birliği söz konusudur.²³ Buna rağmen *jus cogens*'in var olup olmadığına ve rolünün ne olduğuna dair tartışma büyük ölçüde sonuca bağlanmıştır. Şimdilerde, *jus cogens*'in var olduğu ve çok çeşitli alanlarda faydalı bir rol oynayacağı yaygın bir biçimde

and Organisation of American States", 1:2 *Inter-American and European Human Rights Journal* (2008) ss. 199-242.

¹⁵ S. S. Gobind, "The European Court of Human Rights' Jurisprudence on Issues of Forced Disappearances", 8:3 *Human Rights Brief* (2001) ss. 29-31.

¹⁶ Bu kurumlarla ilgili genel bilgi için bkz. J. Sarkin "The African Commission on Human and People's Rights and the Future African Court of Justice and Human Rights: Comparative Lessons from the European Court of Human Rights", 18:3 *South African Journal of International Affairs* (2011) ss. 281-293.

¹⁷ A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford University Press, 2006) s. 50.

¹⁸ P. Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", 77:3 *American Journal of International Law* (1983) ss. 413 ve 430.

¹⁹ C. Focarelli, "Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects", 77:4 *Nordic Journal of International Law* (2008) ss. 429-459.

²⁰ W. M. Reisman, "Unilateral Action and the Transformations of the World Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention", 11:1 *European Journal of International Law* (2000) s. 15, n. 29.

²¹ M. C. Bassiouni, "A Functional Approach to General Principles of International Law", 11:3 *Michigan Journal of International Law* (1990) ss. 768-818, ss. 801-809.

²² M. N. Shaw QC, *International Law*, 5. basım (Cambridge University Press, 2003) s. 117.

²³ P.A. Stephens "A Categorical Approach to Human Rights Claims: Jus Cogens as a Limitation on Enforcement?", 22:2 *Wisconsin International Law Journal* (2004) ss. 245-272, s. 2

kabul görmektedir. Daha düzenli bir biçimde kullanılıp uygulanmış olsaydı, *jus cogens*'in değeri daha mühim olurdu. Bunun oluşabilmesi ve *jus cogens*'in daha esaslı bir rol oynayabilmesi için hatlarının daha iyi çizilmesi ve uluslararası, bölgesel ve yerel mahkemelerde daha sık uygulanması gerekmektedir.²⁴ Bu şekilde *jus cogens*, uluslararası hukuk alanının daha önemli bir parçası haline gelebilir; insan haklarının tanınması ve korunmasında daha hayati bir rol oynayabilirdi. Ancak devletlerin söz konusu normlara uymalarını sağlamak için birçok başka şeyin sürece dahil edilmesi gerekmektedir. Devletler parametreleri ihlal ettiğinde yaptırım uygulayacak mekanizmaların devreye sokulması gerekmektedir. Bu durum, *jus cogens* statüsüne ulaştığı evrensel olarak kabul edilen soykırım,²⁵ kölelik yasağı, korsanlık ve işkence gibi konulardaki ihlallere karşı yürütülen mücadeleyi güçlendirecektir. Aynı zamanda bunun, tüm dünyada dinmek bilmeyen ve birçokları tarafından *jus cogens* statüsüne ulaştığı savunulan zorla kaybetme ihlalleri üzerinde de önemli etkisi olacaktır.

Zorla kaybetmelerle küresel düzeyde ilgilenmek ciddi bir biçimde gereklilik arz eder.²⁶ Devletlerin Uluslararası Sözleşme'yi ya da Roma Statüsü'nü onaylamış olmalarından bağımsız olarak, insanlığa karşı suçlar bağlamında olan vakalarda zorla kaybetme asla hoş görülemeyecek bir eylemdir. Uluslararası yapı bir yandan zorla kaybetmelerle uğraşırken yerel bağlamda çok daha fazlasının yapılması gerekmektedir. Zorla kaybetme yasağına her yerde saygı duyulmasının sağlanması mühim bir gerekliliktir.

Dolayısıyla bu makalenin amacı, *jus cogens*'in zorla kaybetme yasağını kapsayıp kapsamadığını derinlemesine araştırmaktır. Bu kolay bir soru değildir, zira, *jus cogens* fikrini savunanlar arasında dahi bir uzlaşma yoktur. Aslında *jus cogens*'in kapsamına hangi normların girdiği konusunda, en azından nispeten yakın zamana kadar²⁷ epey bir tartışma yürütülmüştür. Bu inceleme akademik bir çalışma değildir çünkü zorla kaybetmeler *jus cogens* olarak kabul edilir ve bu zulümlerin sorumluları yargılanırlarsa bunun, meydana gelmiş zorla kaybetme vakalarının sayısına önemli bir etkisi olmalıdır. *Jus cogens* normları kapsamındaki suçların, devletlerin bu konuda belirli bir sözleşmeyi onaylayıp onaylamamalarına bakmadan devletlere yükümlülük getiriyor olması büyük öneme sahiptir. Örneğin devletlerin, CAT'i onaylayıp onaylamamış olmalarından bağımsız olarak işkence yasağına²⁸ saygı göstermeleri zorunludur. Ayrıca devletlerin işkenceyi yasaklayan yasalar çıkarma, suçu işleyenleri yargılama ya da iade etme gibi birçok yükümlülüğü yerine getirmeleri gerekmektedir.²⁹ Bir suç *jus cogens* kapsamındaysa bu suçla ilgili egemenliğin devlete sağladığı koruma³⁰ artık söz konusu değildir. Bu sayede bir devlete, egemenliği kapsamında olduğu iddiasıyla

²⁴ Örnek için bkz. BM Güvenlik Konseyi, *The Role of Regional and Subregional Arrangements in Implementing the Responsibility to Protect: Report of the Secretary-General*, Birleşmiş Milletler, 28 Haziran 2011, Online erişim adresi: <www.unhcr.org/refworld/docid/4e7713912.html>, Son erişim tarihi: 14 Mayıs 2012.

²⁵ A. W Schabas, *Genocide in International Law* (Cambridge University Press, 2000) s. 1.

²⁶ J. Chevalier-Watts, "The Phenomena of Enforced Disappearances in Turkey and Chechnya: Strasbourg's Noble Cause?", 11:4 Human Rights Review (2010) ss. 469-489.

²⁷ A. Paulus, "*Jus Cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation", 74:3 Nordic Journal of International Law (2005) ss. 297-334, s. 297.

²⁸ M. Nowak ve E. McArthur, *The United Nations Convention against Torture. A Commentary* (Oxford University Press, 2008); N. Rodley ve M. Pollard, "Criminalisation of Torture: State Obligations under the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", 10:2 *European Human Rights Law Review* (2006) s. 1.

²⁹ D. Hawkins ve J. Goodliffe, "Explaining Commitment: States and the Convention against Torture", 68:2 *The Journal of Politics* (2006) ss. 358-371 ve J. R. Vreeland "Why Dictatorships enter into the United Nations Convention Against Torture", 62:1 *Political Institutions and Human Rights: International Organization* (2008) ss. 65-101.

³⁰ Bkz. H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2. basım (Oxford University Press, 2008).

atlatılabileceği belirli bir ihlalden dolayı dava açılabilir.³¹ Bu durum devletleri, zorla kaybetme gibi belli suçları işleyenler için af çıkarmaktan men ederek devletlerin af kanunları çıkarma ehliyetlerini de etkiler.³² Bunun birçok sayıda devlet tarafından çeşitli af yasalarının da kabul edildiği görülmektedir.³³ Bu devletler, bu gibi suçları, yasalastırdıkları aflardan hariç tutarak zorla kaybetmenin *jus cogens* statüsüne ulaştığını zımni olarak kabul etmiş olurlar. Nitekim 18 Kasım 1996 tarihli Guatemala Ulusal Uzlaşma Yasası ile 1991 Temmuz tarihli Honduras Af ile ilgili Kanun Hükmünde Kararname'nin³⁴ her ikisinde de zorla kaybetme suçu kapsam dışında bırakılmıştır.³⁵ *Jus cogens* olarak adlandırılan suçlara getirilen aflar, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY) ve Sierra Leone Özel Mahkemesi tarafından geçersiz sayılmıştır.³⁶

Bu sebeple bu makalenin amacı, zorla kaybetme yasağının *jus cogens* mertebesine ulaşmış olduğunu incelemektir. Bu makale, zorla kaybetme yasağının *jus cogens* statüsüne ulaştığı kararına varan Amerikalılar Arası Mahkeme'nin çok kapsamlı içtihatlarını gözden geçirmeyecektir. Dergideki başka bir makalenin konusu zaten budur. Bu noktada Amerikalılar Arası Mahkeme'nin içtihatlarına ancak diğer kurumların içtihatlarına yer verildiği oranda değinilecektir.

2. Uluslararası Hukuk

Zorla kaybetme yasağının *jus cogens* statüsüne ulaşmış olduğunu sorusunu inceleyebilmek için her iki kavramın da uluslararası hukukla ilişkisini anlamak gerekmektedir. Uluslararası hukuk ve onun özellikle uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku gibi belirli kolları önemli yeni alanlar açmaktadır.³⁷ Artık bu alanların salt teorik olmadığı, aksine doğrudan ve çok yaygın pratik uygulamasının olduğu birçok kişi tarafından kabul edilmektedir. Bu özellikle yakın geçmişte kurulmuş olan uluslararası, bölgesel ve alt-bölgesel düzeyde çok sayıda mahkeme ve kurumda böyledir. Ayrıca uluslararası hukukun rolü dünyada birçok yerel mahkeme nezdinde de daha çok önem kazanmıştır. Uluslararası hukukun yerel bağlamda pek çok yerel mahkeme tarafından uygulanması kısmen anayasa mahkemelerinin artması ve anayasacılık ile uluslararası hukuk arasındaki karşılıklı etkileşime odaklanılması sebebiyledir. Aynı zamanda yerel düzeyde, devletin uluslararası yükümlülükleri konusunda da artan bir bilinç söz konusudur. Bu da bir ölçüde Birleşmiş Milletler'in Evrensel Periyodik İnceleme Mekanizması ile İnsan Hakları

³¹ Daha fazla bilgi için bkz. K. Zimmermann, "Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens - Some Critical Remarks", 16:2 *Michigan Journal of International Law* (1995) ss. 433-440.

³² A. Brown, "Adiós Amnesty: Prosecutorial Discretion and Military Trials in Argentina", 37:1 *Texas International Law Journal* (2002) ss. 203-225.

³³ Daha fazla bilgi için bkz. F. Lafontaine, "No Amnesty or Statute of Limitations for Enforced Disappearances: The Sandoval Case Before the Supreme Court of Chile", 3:2 *Journal of International Criminal Justice* (2005) ss. 469-484.

³⁴ Bkz. C. Grossman "Disappearances in Honduras: The Need for Direct Victim Representation in Human Rights Litigation", 15:3 *Hastings International Law & Competition Law Review* (1991-1992) ss. 363-369.

³⁵ C. M. Hobbs, "The Conflict Between the Alien Tort Statute Litigation and Foreign Amnesty Laws", 43:2 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2010) ss. 505-532.

³⁶ *Savcılık/Furundzija*, 10 Aralık 1998 tarihli karar, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, IT-95-17/1-T, para. 155; *Savcılık/Morris Kallon & Brimma Bazzy Kamara*, 13 Mart 2004 tarihli karar, Sierra Leone Özel Mahkemesi, Başvuru Kurulu, Dava no. SCSL-2003-01-I, para. 9; A. Orakhelashvili, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong", 18:3 *European Journal of International Law* (2007) s. 963.

³⁷ J. Sarkin, "The Historical Origins, Convergence and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International Criminal Law and International Law: Their Application from at Least the Nineteenth Century", 1:1 *Human Rights and International Legal Discourse* (2007) ss. 125-172.

Komisyonu'ndan³⁸ İnsan Hakları Konseyi'ne geçişinden kaynaklanmaktadır. Arap ve Güneydoğu Asya Uluslar Birliği (ASEAN) süreçlerindeki gelişmeler de uluslararası insan hakları meseleleri ve devlet uyumluluğuna duyulan ilgiyi arttırmıştır.³⁹ Son dönemde, dünyanın geri kalan birçok yerinde de İngiliz Milletler Topluluğu ve Uluslararası Frankofoni Örgütü gibi kurumların çalışmalarını da içeren gelişmeler yaşanmıştır. Örneğin Afrika'da, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi ve Afrika Akran Denetim Mekanizması kurulmuştur.⁴⁰ Ayrıca Batı Afrika Ülkeleri Ekonomik Topluluğu Adalet Divanı (ECOWAS), Doğu Afrika Adalet Divanı (EACJ), Güney Afrika Kalkınma Topluluğu Mahkemesi (SADC) (geçici olarak durdurulmuş), Orta Afrika Ülkeleri Ekonomik Topluluğu Adalet Divanı (ECCAS) gibi birçok alt-bölgesel mekanizma hayata geçirilmiştir. Bölgesel düzeyde de, hem ilgili mahkeme, komisyon ve sözleşmelerin oluşturulması hem de bu kurumlardan çıkan içtihatlarla birlikte önemli gelişmeler yaşanmıştır.⁴¹

Uluslararası hukukun çeşitli kaynaklardan ortaya çıktığının hatırlanması gerekmektedir. Ancak uluslararası hukukun ne olduğu, nasıl oluştuğu, ne rol oynadığı ve nasıl yorumlanması gerektiği halen yaygın olarak tartışılmaktadır. Uluslararası hukukun rolü ve amacını tarif etmedeki farklı anlayışlar, bağlı olunan farklı düşünce okullarının ve idollerinin yansımalarıdır. Birçok hukukçu, hukuku yöneten özneleri belirlemek için bir egemenin var olduğunu ve bu egemenlerin uluslararası hukuk üzerinde kararlar verdiğini savunan pozitivist hukuk geleneğine uyumlu bir ifadeyle uluslararası hukuku şu şekilde tanımlar: "devletler ve uluslar arasındaki ilişkilerde genel olarak bağlayıcı olduğu kabul edilen kurallar bütünü".⁴² Diğer hukukçular da, uluslararası hukukun sadece devletler hukukunu ve "ulusların hukuku"nu değil, aynı zamanda devletler ve temsilcilerinin ortaya koyduğu sosyal ve kültürel örflerin, beyanatların ve bildirimlerin zengin geleneğini; evrensel hak ve ödevleri ve diğer hukuki bildiri ve yorumları kapsadığına dair fikirlerini korurlar.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 38. Maddesi, uluslararası hukukun kaynaklarını şöyle tanımlar:

- a) Çekişen devletlerce açık beyanla kabul edilmiş kuralları saptayan, özel veya genel, uluslararası sözleşmeler
- b) Hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın ispatı olarak, uluslararası örf ve adetler
- c) Uygur uluslar tarafından tanınmış genel hukuk ilkeleri
- d) 59. Madde'nin hükümleri uyarınca, hukuk kurallarının belirlenmesinin ikincil araçları olarak yargı kararları ve çeşitli ülkelerin en yüksek nitelikli milletler hukuku uzmanlarının öğretileri

Dolayısıyla uluslararası hukukun çeşitli kaynakları vardır. Uluslararası andlaşma hukuku kısmen, andlaşmalarda belirtilen ve devletlerin aralarında gönüllü olarak kabul ettikleri

³⁸ Kaybedilmelerle ilgilenilme sürecinin ilk yıllarında Komisyon'un rolü için bkz. D. Kramer, ve D. Weissbrodt, "The 1980 U.N. Commission on Human Rights and the Disappeared", 3:1 *Human Rights Quarterly* (1981) ss. 18-33.

³⁹ Daha fazla bilgi için bkz. W. M. Cole, "Sovereignty Relinquished: Explaining Commitment to the International Human Rights Covenants 1966-1999", 70:3 *American Sociological Review* (2005) ss. 472-496.

⁴⁰ Daha fazla bilgi için bkz. J. Sarkin, "The Responsibility to Protect and Humanitarian Intervention in Africa", 2 *Global Responsibility to Protect* (2010) ss. 371-387.

⁴¹ J. Sarkin, "The Role of Regional Systems in Enforcing State Human Rights Compliance: Evaluating the African Commission on Human and People's Rights and the New African Court of Justice and Human Rights with Comparative Lessons from the Council of Europe and Organisation of American States", 1:2 *Inter-American and European Human Rights Journal* (2008) ss. 199-242.

⁴² Uluslararası hukukun tanımı için bkz. *Black's Legal Dictionary* (Sweet & Maxwell, 2000).

yükümlülüklerden oluşur.⁴³ Bu nedenle neyin uluslararası hukuk olduğu üzerine bir sınıflandırma mevcutken asıl mesele neyin uygulanıyor olduğudur. Brierly'ye göre "Uluslararası hukukun varlığına en iyi ispat, mevcut her devletin onun varlığını ve ona uymakla yükümlü olduğunu kabul etmesidir. Bireylerin sıklıkla iç hukuku ihlal etmesi gibi, devletler de uluslararası hukuku ihlal edebilirler; fakat devletlerin kendilerini hukukun üstünde görerek bu ihlallerini savunması bireylerinkinden daha fazla değildir".⁴⁴ Bu ifade kültürler, dinler, etnik gruplar ve devlet dışı aktörleri (gruplar, kurumlar, vb.) kapsayacak biçimde genişletilebilir.

Teamül hukukunu neyin oluşturduğu hususunda, literatürde çatışmalı iki ana pozisyon mevcuttur. Roberts bu iki karşı duruşu, teamül hukukunu yorumlamada "geleneksel" ve "modern" pozisyonlar olarak adlandırmaktadır.⁴⁵ Çatışma, teamül hukukunu genel devlet uygulaması ("eylem") olarak dar biçimde tarif edenler ile *opinio juris*⁴⁶ ("beyanlar") olarak alanlar arasında yaşanmaktadır.⁴⁷ *Opinio juris*, devletlerin, belirli bir uygulamanın kendileri için hukuki bir zorunluluk olduğu yönündeki subjektif inancıdır.⁴⁸ Bu durum daha geniş anlamda ulusal mahkeme kararları, siyasi beyanlar, devletlerin Genel Kurul kararlarına karşı tutumlarından ve Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) *Nikaragua Davası*'ndaki⁴⁹ kararından çıkarılabilir.

UAD tarafından da *Kıta Sahaneliği Davaları*'nda⁵⁰ uygun bulunan teamül hukukundaki genel görüş, şu kurucu unsurları kabul etmektedir: süre, yeknesaklık ve tutarlılık, genellik ve yasal yükümlülük algısı. Teamül hukukunun bileşenleri geleneksel olarak şöyle tanımlanmaktadır: (1) devlet uygulamasının tekdüzeliği, (2) devlet uygulamasının genelliği ve (3) *opinio juris et necessitatis* diye anılan belli bir devlet uygulamasının hukuki zorunluluk olduğu algısı. Ayrıca devletler üzerinde bağlayıcılığı olan ve değişikliğe müsaade etmeyen düzenlemeler olan (*jus cogens* denilen) emredici normlar da mevcuttur.⁵¹ Bu konuya tekrar dönülecektir.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, teamülü "genel uygulamanın hukuk olarak kabul edildiğinin delili" olarak tanımlar.⁵² Bu noktada neyin uygulama sayıldığı üzerine birtakım tartışmalar olmuştur. Pozitif eylemlere gerek var mıdır, yoksa mevcut beyanlar yeterli midir? Diğer devletlere ilişkin açıklamalar ve bir devletin kendi eylemine ilişkin mazeretleri nasıl değerlendirilmelidir? Eylem ve beyanların ağırlıkları nelerdir? Zamansal bir gereklilik olmadığına göre bir eylemin kendi içinde istikrarlı olması için gerekli zaman dilimi nedir?

⁴³ Bkz. D. Harris, *Cases and Materials in International Law*, 6. basım (Sweet & Maxwell, 2004); ayrıca bkz. A. Gassesse, *International Law* (Oxford University Press, 2003); ayrıca bkz. M. Janis, *An Introduction to International Law* (Aspen Publishers, 1971).

⁴⁴ J. L. Brierly, *The Outlook for International Law* (Chrendori Press, Oxford, 1944) s. 5.

⁴⁵ Bkz. A. Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", 95.4 *American Journal of International Law* (2001) s. 757.

⁴⁶ *Opinio juris*'e devlet temsilcilerinin beyanları, askerî el kitapları gibi yasal el kitaplarının yanı sıra Birleşmiş Milletler'e dahil devletlerin ve uluslararası hukukun açık ihlallerine karşı diğer devletlerin beyanları ve hükümetlerin uluslararası hukukun yasal ilkelerine yönelik tavrı hakkındaki diğer türden yazılı ve sözlü örnekler dahildir.

⁴⁷ Roberts, bkz. 45. dipnot.

⁴⁸ R. Wallace, *International Law: A Student Introduction*, 3. Basım (Sweet & Maxwell, London, 1997).

⁴⁹ *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, (*Nikaragua/Birleşmiş Milletler davası*), 27 Haziran 1986, Uluslararası Adalet Divanı, ICJ Raporları 1986, s. 14.

⁵⁰ Bkz. *Ege Denizi Kıta Sahaneliği Davası*, (*Yunanistan/Türkiye*), 19 Aralık, Uluslararası Adalet Divanı, UAD Raporları 1978, s. 3.

⁵¹ B. Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law* (Oxford University Press, New York, 2003) s. 41.

⁵² Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, 38. Madde (l)(b), bu tanım aynı zamanda "yasa olarak kabul edilen sabit ve yeknesak kullanım" olarak da telaffuz edilmiştir. *Asylum Case (Kolombiya/Peru davası)*, 27 Kasım 1950 Uluslararası Adalet Divanı, UAD Raporları 1950, s. 266.

Eylemin sürekliliği ne kadar olmalıdır? Belli devletler tarafından yapılan eylemlerin tamamen devlet çıkarı odaklı olduğu ve yasal bir yükümlülüğü tanıma olarak asla nitelendirilemeyeceği günümüzde, hangi eylemlerin hukuki zorunluluk algısıyla yapıldığı nasıl belirlenecek? Bu durum uluslararası teamül hukukunun tamamen ortadan kalkmasına hizmet etmez mi? Hukuki zorunluluğa duyulan inanç ya da bu zorunluluğun kabulü, bir ya da daha çok devletin savaşması durumunda diğer devletlerin ya da insanlığın ortak evrensel ilkeleri lehine feshedilebilir mi?

Bir uygulamanın devlet, grup ve bireylerin rızalarıyla teamül hukukunun bir parçası haline gelebileceği görüşü kabul edilebilir. Herhangi bir şey uluslararası teamül yasası olarak alındığında uluslar bir sözleşme imzalasalar da imzalamasalar da o standarda bağlıdırlar.⁵³ Bir bölgede belli bir normu daha fazla sayıda ülke kabul ettikçe diğer ülkeler de o normu takip etme baskısı hissedebilirler.⁵⁴ Bazı yorumcular, uluslararası teamül hukuku tanımının, andlaşma biçiminde somutlaşmamış her türlü uluslararası yasayı ya da “teamül hukukuna biraz olsun bile benzemeyen” şeyleri de kapsayacak biçimde genişlediğini iddia etmişlerdir.⁵⁵ Özellikle Amerika Birleşik Devletleri’ndeki diğer bazı yorumcular, uluslararası teamül hukukuna bağlı olduklarına dair özel olarak rıza vermedikleri sürece uluslararası teamül hukukunun devletler nezdinde bağlayıcı olamayacağını savunurlar.⁵⁶ Simma ve Alston, anlaşmaların giderek teamül hukukunun bir parçası haline gelmeleri ve yorumlarını da teamülden almaları sebebiyle modern tanımın daha çetrefilli hale geldiğini belirtiyorlar.⁵⁷ Chodosh “teamül hukukunun bugün ne olduğundan daha çok ne olmadığı üzerinden tanımlandığı”nı ifade ediyor.⁵⁸ Uluslararası teamül hukuku ile kendi tanımladığı “deklaratif” uluslararası hukuk arasında bir ayırım oluşturmaya çalışıyor.⁵⁹ Teamül hukukunu neyin oluşturduğu sınıflandırması üzerine karşıt iki pozisyon mevcuttur. Bu iki karşıt pozisyon, teamül hukukunu yorumlamada “geleneksel”⁶⁰ ve “modern”⁶¹ pozisyonlar olarak adlandırılmaktadır.⁶² Brierly’ye göre “Uluslararası hukukun varlığının en iyi ispatı, mevcut her devletin onun varlığını ve ona uymakla yükümlü olduğunu kabul etmesidir. Bireylerin sıklıkla

⁵³ T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, (Oxford University Press, USA, 1989).

⁵⁴ M. Finnemore ve K. Sikkink, “International Norm Dynamics and Political Change”, 52:4 *International Organization* (1998) ss. 887-917, ss. 902-903.

⁵⁵ Bkz. R. Y. Jennings, “The Identification of International Law”, (der.) B. Gheng, *International Law, Teaching and Practice* (1982) s. 3; ayrıca bkz. A. D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, (Cornell University Press, 1971) ss. 103-106; ayrıca bkz. M. Janis, *An Introduction to International Law* (Aspen Publishers, 1988) ss. 9-34; ayrıca bkz. M. Reisman, “The Cult of Custom in the Late 20th Century”, 17:1 *California Western International Law Journal* (1987) ss. 133-145; ayrıca bkz. A. M. Weisburd, “Customary International Law: The Problem of Treaties”, 21:1 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1988) ss. 1-46.

⁵⁶ Özellikle hukukun katı kurallarını savunan ve aynı zamanda hukukun kaynağının egemenin iradesi olduğunu, onun yokluğunda ne devletin ne de ona tabi olan öznelerin bir bağlayıcılığı olmayacağını savunan pozitivist ve iradeci [voluntarist] okuldan hukukçular. İradeci okul bu bakışını, bir devletin egemen otoritesinin hiçbir faaliyet alanında kendisinin özel rızası olmadan sınırlanamayacağını vurgulayarak güçlendirir. Bkz. T. L. Stein, “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, 26:2 *Harvard International Law Journal* (1985) ss. 457-482; Ayrıca bkz. B. Simma, “Consent, Strains in the Treaty System”, (der.) D. M. Johnston, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, (Springer, 1986) s. 48.

⁵⁷ Bkz. B. Simma ve P. Alston, “The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles”, 12 *Australian Year Book of International Law* (1988-1989) s. 83

⁵⁸ Bkz. H. Chodosh, “Neither Treaty Nor Custom: The Emergence of Declarative International Law”, 26:1 *Texas International Law Journal* (1991) ss. 87-124.

⁵⁹ a.g.e.

⁶⁰ Bu konudaki eleştiriler için bkz. J. I. Charney, “Universal International Law”, 87 *American Journal of International Law* (1995) s. 529.

⁶¹ Simma and Alston, bkz. 57. dipnot.

⁶² Bkz. Roberts, bkz. 45. dipnot, s. 757.

iç hukuku ihlal ettiği gibi devletler de uluslararası hukuku ihlal edebilirler; fakat bu ihlalleri, kendilerini hukukun üstünde görerek, bireylerin yaptığından daha fazla savunmazlar.”⁶³

3. Uluslararası Hukuku Uygulamak

Uluslararası hukukun genel ilerleyişine ve özel olarak da zorla kaybetmeler konusundailerlemesine rağmen insan hakları ihlalleri dünya çapında endişe verici oranda devam etmektedir.⁶⁴ Devletler, böylesi ihlallerde bulunmamayı, insan haklarını tesis etmek ve korumak için adımlar atmaya çeşitli andlaşmaları onaylayarak taahhüt etmelerine rağmen pek çok ihlalde bulunabilmektedir.⁶⁵ Dolayısıyla esas mesele, bu andlaşmaların ve doğurdukları yükümlülüklerin uygulamaya nasıl geçirileceğidir. Ancak devletlerin hangi andlaşmaları ne zaman onaylayacaklarına kendilerinin karar veriyor olması bir sorun olarak ortada durmaktadır.⁶⁶ Ayrıca devletler belirli bir andlaşmayı onaylamaya karar verdiklerinde, hangi maddelere çekince koyacaklarına da karar verebilmektedir.⁶⁷ Böylece, andlaşma onaylama süreci devletlerin kendileri için iyi ve uygun maddeleri seçme alıştırmalarına dönüşebilmektedir.⁶⁸ Andlaşmalar her zaman devletlerin normları kabul etme isteği sebebiyle imzalanmıyor.⁶⁹ Diplomatik cesaret gösterileri de dahil başka birçok sebepten ötürü böyle davranabiliyorlar.⁷⁰ Andlaşmayı onaylamadan önce, kendi yasalarını söz konusu andlaşma ile uyumlu hale getirmek için yerel düzeyde neler yapmaları gerektiğini çoğunlukla doğru biçimde değerlendirmiyorlar.⁷¹ Bu nedenle kabul ettikleri yükümlülükler ne olursa olsun, bu yükümlülükler ile kendi yasaları çoğu zaman senkronize olamıyor. Bu sebeple benzer diğer insan hakları ihlallerinde olduğu gibi, zorla kaybetme yasağının uygulamaya konulması için de çok fazla çalışmaya ihtiyaç var.⁷²

Günümüzde UCM'nin⁷³ ve çok sayıda mahkemenin varlığına rağmen, zorla kaybetme suçunu ya da diğer ciddi uluslararası suçları işlemiş çok az kişiden hesap sorulmaktadır. Bu durum sadece bu kurumların eleştirilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Çünkü bu suçların çoğunluğu yerel mahkemelerde yargılanmalıdır. Ancak yerel ceza adaleti sistemlerinin böyle

⁶³ J. L. Brierly, *The Outlook for International Law*, (Oxford University Press, 1944) s.5.

⁶⁴ Genel olarak bkz. E. M. Hafner-Burton, “Sticks and Stones: Naming and Shaming the Human Rights Enforcement Problem”, 62:4 *International Organization* (2008) ss. 689-716.

⁶⁵ E. M. Hafner-Burton ve K. Tsutsui, “Justice Lost! The Failure of International Human Rights Law To Matter Where Needed Most”, 44:4 *Journal of Peace Research* (2007) ss. 407-425.

⁶⁶ E. M. Hafner-Burton, K. Tsutsui ve J. W. Meyer, “International Human Rights Law and the Politics of Legitimation: Repressive States and Human Rights Treaties”, 23:1 *International Sociology* (2008) ss. 115-141.

⁶⁷ Daha fazla bilgi için bkz. P. Alston ve J. Crawford, *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, (Cambridge University Press, Cambridge/New York, 2000).

⁶⁸ Bkz. O. Hathaway, “Do Human Rights Treaties Make a Difference?”, 111:8 *Yale Law Journal* (2002) ss. 1935-2042.

⁶⁹ U. Oberdörster, “Why Ratify? Lessons from Treaty Ratification Campaigns”, 61:2 *Vanderbilt Law Review* (2008) ss. 681-712. Ayrıca bkz. J. R. Hollyer ve B. P. Rosendorff “Why do Authoritarian Regimes Sign the Convention against Torture? Signaling, Domestic Politics and Non-Compliance”, 6:3-4 *Quarterly Journal of Political Science* (2011) ss. 275-327.

⁷⁰ Bkz. O. A. Hathaway, “Why do Countries Commit to Human Rights Treaties?”, 51:4 *Journal of Conflict Resolution* (2007) ss. 588-621; B. A. Simmons, *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics* (Cambridge University Press, 2002).

⁷¹ Genel olarak bkz. D. W. Hill Jr., “Estimating the Effects of Human Rights Treaties on State Behavior”, 72:4 *Journal of Politics* (2010) ss. 1161-1174.

⁷² M. M. Penrose, “Less We Fail: The Importance of Enforcement in International Criminal Law”, 15:2 *American University International Law Review* (2000) ss. 321-394.

⁷³ Bkz. J. Sarkin, “Enhancing the Legitimacy, Status and Role of the International Criminal Court by Using Transitional Justice or Restorative Justice Strategies”, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law* (2011-2012) ss. 83-102; J. Sarkin, “The Role of the International Criminal Court in Reducing Massive Human Rights Violations Such as Enforced Disappearances in Africa: Towards Developing Transitional Justice Strategies”, 11:1 *Studies in Ethnicity and Nationalism* (2011) ss. 130-142.

kovuşturmaları yürütebilmesi için kaynak ve desteğe ihtiyaçları vardır.⁷⁴ Ama asıl eksik nokta, bu normları yerel düzeyde uygulamaya geçirmek için gereken siyasi iradedir. Bu irade olmadığı müddetçe, davalarda hangi kaynağa başvurulursa başvurulsun davanın meşruiyeti olmayacaktır. Gerekli hedeflere ulaşmaya yönelik temel ölçütlerin konulması için daha fazla şeyin gerçekleşmesi gerekmektedir. Devletler davaların neden bu kadar uzun sürdüğü ve kanıtların neden toplanamadığı konusunda, mali ve personel kaynaklarının kısıtlılığı, savcı ve hakimlerin yeterli eğitime sahip olmaması gibi eksiklikleri, davaların güvenilir biçimde ilerlemesini etkileyen sebepler olarak öne sürmektedirler. Zorla kaybetmenin *jus cogens* olarak artan kabulü, zorla kaybetmelerin yaşandığı ya da yaşanması muhtemel olan yerlerde devletin daha çok harekete geçmesini sağlamalıdır.⁷⁵ Ancak yerel düzeyde insan haklarının tesis edilmesi ve korunmasında uygulamaya geçirme ve yürütme en büyük sorun olarak kaldığı sürece, bunun pratikte ne anlama geldiği belirsiz olacaktır.

4. Zorla Kaybetmeler

Zorla kaybetme terimi, “devletin yetkilendirmesi, desteği veya bilgisiyle hareket eden kişiler tarafından tutuklanma, gözaltına alınma, kaçırılma veya herhangi bir biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılma” ile devletin “özgürlüğünden yoksun bıraktığını reddetmesi ya da kaybolan kişinin nerede ve ne durumda olduğunu gizlemesi”, böylelikle kişiyi “hukukun korunması dışında” zorla kaybetmeye maruz bırakması biçiminde tanımlanmaktadır.⁷⁶

“İnsanın doğuştan sahip olduğu onuruna karşı ağır ve nefret uyandırıcı bir saldırı”⁷⁷ ve “insanlığa karşı işlenebilecek en ağır suçlardan biri”⁷⁸ olarak tarif edilmektedir. Ayrıca “insan haklarının bilhassa çirkin şekilde ihlali”⁷⁹, “ağır ve kompleks bir olgu”⁸⁰ ve “insanlık onuruna bir saldırı”⁸¹ olarak da betimlenir. Uluslararası Hukukçular Komisyonu eski genel sekreteri bunu şöyle ifade etmiştir:

[z]orla kaybetme olgusu ... tüm insan hakkı ihlallerinin en kötüsüdür. Aslında bu, insan hakları kavramının tam da kendisine bir meydan okumadır; insanın var olma ve hukuk kişiliğinin tanınması hakkının reddidir. Zorla kaybetme, bir varlığı hiçliğe dönüştürür. En üst düzey yolsuzluktur; yetkililerin yasayı değiştirerek kepace biçime sokmaları ve yüz kızartıcı suç işlemeleriyle yetkinin kötüye kullanılmasıdır.⁸²

Kaybetmenin “yalan söyleme, gizleme ve örtbas etme açık niyeti ve hile aracılığıyla zulmün en bariz biçimi” olduğu belirtilmiştir.⁸³

Zorla kaybetme olgusu, uluslararası hukukta en az üç boyutta ele alınmaktadır: uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası insancıl hukuk⁸⁴ ve uluslararası ceza hukuku. Bu

⁷⁴ Genel olarak bkz. A. Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations* (Oxford University Press, Oxford, 2009).

⁷⁵ Bkz. Stephens, bkz. 23. dipnot.

⁷⁶ Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, 1. Bölüm/2. Madde

⁷⁷ 1994 Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme'nin Önsözü.

⁷⁸ Bkz. F. Andreu-Guzmán, “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, 62 - 63 *International Commission of Jurists: The Review* (2001) ss. 73 ve 75.

⁷⁹ İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *Bilgi Formu No.6 (Rev.2), Enforced or Involuntary Disappearances*, [www.ohchr.org/Documents/Publication's/FactSheet6Rev.2en.pdf] (Son erişim tarihi 4 Ocak 2012).

⁸⁰ Alıntılanıldığı kaynak için bkz. Andreu-Guzmán, bkz. 78. dipnot, s. 73.

⁸¹ Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon, 1. Madde

⁸² Alıntılanıldığı kaynak için bkz. Andreu-Guzmán, bkz. 78. dipnot, s. 73.

⁸³ P. Hayner, *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions* (Routledge, 2002) s. 27.

⁸⁴ Kayıplar için bkz. M. Crettol and A. M. La Rosa, “The Missing and Transitional Justice; the Right to Know and the Fight Against Impunity”, *International Review of the Red Cross*, no. 862, 30 Haziran 2006, ss. 355-362.

bileşenlerin her birinde, zorla kaybetmeleri etkileyen bir yasa mevcuttur.⁸⁵ Finucane, haklı olarak, zorla kaybetmenin yazılı hale gelmeden önce de uluslararası insancıl hukukta bir suç olduğunu ifade etmiştir.⁸⁶ Hukuki kaynakların Nürnberg'den geldiğini savunmaktadır.⁸⁷ Ancak kaynağın tarihte çok daha gerilerde olduğu söylenerek buna karşı çıkılabilir.⁸⁸ 2006 Uluslararası Sözleşme taslağı; hukukun bu üç branşı için de geçerli, yerleşik ve uyumlu bir araç oluşturabilmek için kaleme alınmıştır.⁸⁹ Bu makale için önemli olan, bu üç çeşit hukuk alanının *jus cogens* ile ilişkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından işkence bağlamında kurulmasıdır ve bu da zorla kaybetmeler konusunda daha az uygulanabilir bir şey değildir. Hukuk ve ceza davaları arasında işkence yasağının etkisiyle ilgili olduğu varsayılan fark, *jus cogens* hükmünün işleyişiyle temelde bağdaşmamaktadır. *Jus cogens*'in uluslararası diğer hukuk hükümleri üzerindeki etkilerini belirleyen, davaların niteliği değil hükmün emredici norm olma özelliğidir.⁹⁰

5. *Jus Cogens*

Jus cogens, uluslararası hukukun devletleri belirli eylemlerden -bu eylemler devletlerin rızasına dayansa dahi- men edecek düzeyde asli olan özgül hükümleri olduğu inancından doğmuştur.⁹¹ Bunlar, *jus cogens*'ten oluşanlar, *erga omnes* yükümlülükleri ve uluslararası hukuk altındaki suçlar olarak temel normların parçalarını oluştururlar.⁹² *Jus cogens* hükümleri, uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğundan daha yüksek bir sınıfta yer alırlar⁹³ ve uluslararası teamül hukukunun çok güçlü hükümleri olarak görülürler.⁹⁴ "Uluslararası anayasa" ve "uluslararası hukuk siteminin en temel dayanakları" şeklinde adlandırılmışlardır.⁹⁵ Aynı zamanda, tanınmış ve ikna edici yasa olarak da tarif edilmiştir.⁹⁶ *Jus cogens*'in "bir kere yerleştiğinde, devletlerin, andlaşmalar ya da uygulamalar aracılığıyla kaldıramayacakları bir uluslararası hukuk türü" olduğu öne sürülmüştür.⁹⁷ Bu bağlamda, ICTY "*jus cogens*'in uluslararası hiyerarşide andlaşma hukuku ve 'olağan' teamül hükümlerinden

⁸⁵ Uluslararası insancıl hukukta zorla kaybetmeler için bkz. F. Hampson, "Fundamental Guarantees", (der.) E. Wilmshurst ve S. Breau, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* içinde (Cambridge University Press, 2007) ss. 282 ve 294-295.

⁸⁶ B. Finucane, "Enforced Disappearance as a Crime Under International Law: A Neglected Origin in the Laws of War note" 35:1 *Yale Journal of International Law* (2010) ss. 171-198.

⁸⁷ a.g.e.

⁸⁸ Uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukukunun kökenleri için bkz. J. Sarkin, "The Historical Origins, Convergence and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International Criminal Law and International Law: Their Application From at Least the Nineteenth Century", 1:1 *Human Rights and International Legal Discourse* (2007) ss. 125-172.

⁸⁹ İnsan Hakları Komisyonu, E/CN.4/2003/71, 12 Şubat 2003, Tüm insanların zorla kaybetmelerden korunması için yasal olarak bağlayıcı, normatif bir belge taslağını ayrıntılı biçimde hazırlamak üzere kurulan açık uçlu çalışma grubunun ilk oturum raporu, 2003, para. 20.

⁹⁰ *Al-Adsani/Birleşik Krallık*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yargıç Rozakis ve Calflich'in müşterek muhalefet serhi, no: 35763/97, para. 4, <cmiskp.echr,coe.int/tkpl97/view,asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Al-Adsani&sessionid=95966689&skin=hudoc-en>, alıntılanığı kaynak için bkz. S. Humes-Schulz, "Limiting Sovereign Immunity in the Age of Human Rights", 21:1 *Harvard Human Rights Journal* (2008) s. 119, n. 102.

⁹¹ M. W. Janis, *An Introduction to International Law* (Aspen Publishers, 1988) ss. 30-31.

⁹² S. Kadelbach ve T. Kleinlein, "Cluster of Excellence The Formation of Normative Orders", 50 *German Yearbook of International Law* (2007) s. 11.

⁹³ A. McNair, *Law of Treaties* (Clarendon Press, 1961) s. 213.

⁹⁴ A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press, 1971) s. 132, n. 73.

⁹⁵ M. W. Janis, "The Nature of *Jus Cogens*, in colloquy with Turpel & Sands, *Peremptory International Law and Sovereignty: Some Questions*", 3:2 *Connecticut Journal of International Law* (1988) s. 363.

⁹⁶ Bkz. K. Parker ve L. B. Neylon, "*Jus Cogens*: Compelling the Law of Human Rights", 12:2 *Hastings International and Comparative Law Review* (1989) ss. 411 ve 414.

⁹⁷ M. W. Janis, *An Introduction to International Law* (Little, Brown and Company, 1988) s. 54.

daha üst sırada yer alan bir norm" olduğunu belirtmiştir.⁹⁸ "En azından şimdilik, devletlerin onun gücünden kaçınmayacağı asli bir doğa kanunu gibi işler."⁹⁹ Uluslararası hukukun kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade etmediği emredici normları olarak adlandırılır.¹⁰⁰ Getirdiği yükümlülükler mutlak olarak görülür. Riayet, karşılıklı yükümlülükten kaynaklanmaz; bütün şartlar altında herkes tarafından norma riayet ve uyumluluk gereklidir.¹⁰¹ *Jus cogens* normları somut olaydan bağımsız olarak mutlak kurallardır ve bu durum gerekçesi ne kadar iyi olursa olsun değiştirilemez. Devletler, normları uygulamamaya hiçbir şekilde karar veremezler ve normlar dışına çıkmaya yönelik bir adım atamazlar.

Jus cogens için devlet rızası gerekmezken *jus dispositivum* devlet rızasından doğan normlardan oluşmuştur.¹⁰² *Jus cogens* bireylerin uluslararası hukuki haklarını işaret ederken *erga omnes*¹⁰³ genelde devletlerin diğer devletlere karşı ödevlerini ele almaktadır.¹⁰⁴ *Erga omnes* yükümlülükleri "belirli bir suçun *jus cogens* olarak nitelendirilmesiyle ortaya çıkan yasal sonuçları" ifade etmektedir.¹⁰⁵ Bassiouni'ye göre *erga omnes* ve *jus cogens* kavramları,

çoğunlukla aynı madeni paranın iki yüzü olarak ortaya çıkarlar. *Erga omnes* terimi "herkese doğru akan" anlamına gelir. Böylelikle *jus cogens*'ten doğan yükümlülükler, *erga omnes* olarak farz edilir. Zaten hukuk mantığı, "mecburi yasa" olanın zorunlu olarak "herkese yönelik" bir yükümlülük doğurması gerektiği önermesini destekler.¹⁰⁶

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1998'de aldığı *Furundžija* kararında şöyle hükmetmiştir:

Bir suç, uluslararası hukukun emredici normu tarafından yasaklanmışsa [bu durum] ... devletlerarası ve bireysel düzeylerde etki eder. Devletlerarası düzeyde, [böyle bir suça] müsaade eden her türlü yasama işlemi, idari ve adli muamelenin uluslararası ölçekte meşruiyetini kaldırmaya hizmet eder ... Genel prensibi ve ilgili herhangi bir anlaşma maddesini ihlal eden ulusal tedbirler, ulusal yasama ve yargı organları tarafından temel yasağın ihlaline onay verilmesi durumunda dahi uluslararası yasal tanımaya uygun olmayacaklardır, bireyler bu prensibe riayet etmekle yükümlü olmaya devam ederler.¹⁰⁷

Devlet politikası ya da yönetimi sonucu vuku bulduğunda *jus cogens* niteliğinde bir suç ortaya çıkar. Bassiouni'nin savunduğu gibi, bu açıkça ya da zımnen olabilir ve eylem ya da ihmal ile

⁹⁸ *Savcılık/Furundžija Davası*, bkz. 35. dipnot, para. 153.

⁹⁹ M. W. Janis, "The Nature of *Jus Cogens* Colloquy", 3:2 *Connecticut Journal of International Law* (1988) ss. 359 ve 362. Ayrıca bkz. I. Detter, *The International Legal Order* (Gower, 1994) ss. 174-176.

¹⁰⁰ E. Davidsson, "Legal Boundaries to UN Sanctions", 7:4 *The International Journal of Human Rights* (2003) ss. 1-50, s. 13.

¹⁰¹ G. Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rules of Law", 92 *Recuilles Cours* (1957) s. 120.

¹⁰² D. Klein, "A Theory for the Application of the Customary International Law of Human Rights by Domestic Courts", 13:2 *Yale Journal of International Law* (1988) ss. 350-351. *Jus dispositivum* hakkında bkz. A. Verdross, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", 60:1 *The American Journal of International Law* (1966) s. 56.

¹⁰³ Daha fazla bilgi için bkz. M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Oxford University Press, Oxford, 2000) ve M. Byers, "Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", 66 *Nordic Journal of International Law* (1997) ss. 211-240.

¹⁰⁴ K. Parker ve J. E. Chew, "Compensation for Japan's World War II War-Rape Victims", 17 *Hastings International and Comparative Law Review* (1994) s. 510.

¹⁰⁵ M. C. Bassiouni, "International Crimes: *Jus Cogens* and Obligation *Erga Omnes*", 59:4 *Law and Contemporary Problems* (1996) s. 63.

¹⁰⁶ Bassiouni, bkz. 105. dipnot, s. 270.

¹⁰⁷ *Savcılık/Furundžija Davası*, bkz. 36. dipnot.

meydana gelebilir. Esas olarak “*jus cogens* suçlarının devlet politikaları ya da eylemlerinden doğması bu suçları diğer uluslararası suçlardan temelde ayırır”.¹⁰⁸

Kimileri *jus cogens*'i “pozitivistlerin uluslararası hukukun yegane kaynağı olarak devleti yüceltmesinden rahatsız olan naturalist okulun yarattığı yasal bir sızıntı” olarak görmektedir.¹⁰⁹ *Jus cogens*'in, “uluslararası toplumun aşkın kamu yararını” bünyesinde topladığı ifade edilmiştir.¹¹⁰ Birçok uluslararası mahkeme, *jus cogens*'in uluslararası hukukun kapsadığı değerler sisteminin parçası olduğuna karar vermiştir.¹¹¹ Birçok hukukçu çeşitli zamanlarda aynısını yapmıştır.¹¹² Sir Gerald Fitzmaurice 1958 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) için kaleme aldığı taslakta, birçok *jus cogens* hükmünün ortak özelliğinin “sadece yasal hükümler içermeleri değil, uluslararası düzenin menfaati ve ahlaki değerlerin göz önüne alınması”¹¹³ olduğunu yazmıştır. Yine Pustogarov'a göre “uluslararası hukuk, salt devletler arasındaki ilişkilerin oluşumunu kaydetmeye yönelik bir araç değil, aynı zamanda insan ırkının ahlaki değerlerinin bir tezahürü” ise o zaman bu bakış, bütün uluslararası hukuka uyarlanabilir.¹¹⁴

Bluntschli 1867 yılında yayımlanan *Modern Law of Nations of Civilized States* [Uygar Devlet Uluslarının Modern Hukuku] kitabında “genel olarak tanınan insan haklarını ya da uluslararası hukukun bağlayıcı hükümlerini ihlal eden içerikteki anlaşmalar geçersizdir”¹¹⁵ yazarak ilk kez *jus cogens* fikrinden bahsetmiştir. Fakat Weisburd, bunun ancak I. Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde önem kazandığını öne sürmektedir.¹¹⁶ ILC bile yıllar boyunca “uluslararası hukukta *jus cogens* niteliğine sahip genel bir hüküm tespit etmek için ortak bir kriter” belirlemede zorlanmıştır.¹¹⁷ Fakat 1963'te “bugünün uluslararası pozitif hukukunda devletlerin geçerli olarak imza koymayabileceği belli temel değerlerin var olduğu”¹¹⁸ fikrine ulaşmıştır. Daha sonra *jus cogens*'in, milletlerarası camiada bir bütün olarak kabul edilen ve tanınan, sapmaya müsaade edilmeyen, ancak uluslararası hukukun aynı nitelikteki devlet normları aracılığıyla tadil edilebilecek normlar olduğu sonucuna varmıştır.¹¹⁹

Jus cogens, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde¹²⁰ yazılı hale getirilmiştir. 53.

¹⁰⁸ Bassiouni, *bkz.* 105. dipnot ss. 265 ve 268.

¹⁰⁹ Janis, *bkz.* 95. dipnot, ss. 359 ve 362. Daha fazla bilgi için *bkz.* L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law* (Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988) s. 31.

¹¹⁰ A. Brundner, “The Domestic Enforcement of the International Covenant on Human Rights”, 35:3 *University of Toronto Law Journal* (1985) ss. 219 ve 249.

¹¹¹ *Savcılık/Furundzija Davası*, *bkz.* 36. dipnot, para. 58; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosna Hersek/Sırbistan Karadağ Davası)*, 26 Şubat 2007, UCM, para. 147.

¹¹² Yakın tarihteki bir örnek için *bkz.* E. Katselli, “Holding the Security Council Accountable for Human Rights Violations”, 1:2 *Human Rights & International Law Discourse* (2007) ss. 301 ve 323; S. Schmahl, “An Example of Jus Cogens: The Status of Prisoners of War”, (der.) C. Tomuschat ve J. M. Thouvenin, *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* içinde, (Brill, 2006) ss. 41 ve 47.

¹¹³ Andlaşmalar Hukuku Üzerine Özel Raportör Üçüncü Raporu, 17. Madde hakkında açıklama, Yeniden Basım, 2 *Yearbook of the International Law Commission* (1958) s. 41.

¹¹⁴ V. Pustogarov, “Fyodor Fyodorovich Martens (1845-1909): A humanist of modern times”, 78:819 (1996) *International Review of the Red Cross*, ss. 300, ss. 310-311.

¹¹⁵ M. S. McDougal vd. *Human Rights and World Public Order* (Yale University Press, 1980) s. 341.

¹¹⁶ A. M. Weisburd, “The Emptiness of the Concept of Jus Cogens, As Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina”, 17:1 *Michigan Journal of International Law* (1995) s. 10.

¹¹⁷ Andlaşmalar Hukuku Üzerine İkinci Rapor, 2 *Yearbook of the International Law Commission* (1963) s. 50, UN Doc. A/CN.4/156.

¹¹⁸ *Altıncı Komitenin Genel Kurula Sunduğu Rapor*, Doc. A/5601, para. 18 (1963).

¹¹⁹ *Bkz.* Açıklama, *Uluslararası Hukuk Komisyonu Otuz İkinci Oturum Raporu*, UN Doc. A/35/10 (1980), yeniden basım, 2 *Yearbook of the International Law Commission* içinde (1980) ss. 26-34.

¹²⁰ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 23 Mayıs 1969, 1155 *UNTS* 331. 18 Kasım 2010 itibarıyla 111 devlet sözleşmeye taraftır.

Madde şöyle der:

Bir andlaşma, yapım aşamasındayken milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorse geçersizdir. Bu sözleşme bağlamında, milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikteki milletlerarası genel bir hukuk normu ile değiştirilebilecek bir norm olarak kabul edip tanıdığı bir normdur.¹²¹

Buna rağmen uluslararası hukukta *jus cogens*'in tam olarak ne olduğu, neye ve nasıl uygulanacağı büyük bir ihtilaf konusudur.¹²² İhtilafın nedeni bunun bazıları tarafından, kavramsal olarak tanımlanması zor bir mesele olarak görülmesidir. *Jus cogens*'in "bizi büyülediği"¹²³, "bir muamma"¹²⁴ olduğu ya da "uygulanabilir bir teori arayışında popüler bir kavram olarak kalacağı"¹²⁵ ifade edilmektedir. Sonuç olarak *jus cogens* ile ilgili hemen her noktada bir anlaşmazlık vardır. Daha önce belirtildiği gibi, uluslararası hukuka uyarlanacak tek bir uluslararası hukuk teorisi, tek bir felsefe ve metodoloji bulunmamaktadır. *Jus cogens*'in araç, yöntem ve öğelerine, aynı zamanda *jus cogens*'in "kaynaklarına, içeriğine (pozitif ya da norm-koyucu unsurlar), delile dayanan unsurlarına (evrenselliğin mi gerektiği ya da daha azının mı yeterli olduğu gibi) ve değer-yönelimli amaçlarına (örneğin, dünya düzenini korumak ve temel insan haklarını muhafaza etmek)"¹²⁶ farklı yaklaşımlar uygulanmaktadır. Uluslararası hukukun kökeni, rolü ve işlevi hakkındaki farklı yaklaşımlardan dolayı bazı hukukçular, özellikle pozitivistler *jus cogens*'in uluslararası hukuk sistemi için çok zorluk yarattığını savunmaktadırlar.¹²⁷ *Jus cogens*'in "elit bir azınlığın" tartışmaya hükmetmesine ve tartışmayı tekeline almasına yol açacak şekilde işleyebileceği iddia edilmektedir.¹²⁸ Bazıları ise uluslararası hukukun gönüllü kabule ve devletlerin normlara rıza göstermesine dayandığını¹²⁹ söyleyerek *jus cogens* kavramının bizzat kendisini reddetmektedir.¹³⁰ Bu hukukçuların bir kısmı, *jus cogens*'in ve diğer teamül yasalarının devlet egemenliğini çiğnediğini ve devlet rızasını merkezine alan bir sisteme karşı olduğunu savunmaktadır. Bu bağlamda egemenlik bireyler, mülkler ve hükümler alanındaki ilişkilerle ilgili olarak belirli bir devletin, başka bir devletin onayı ya da müdahalesi olmadan sınırsız biçimde yetki kullanma hakkı olarak tanımlanır.¹³¹ Sonuç olarak devlet egemenliğini azaltıcı etkisi olan *jus cogens*, devlete ve haklarına bir saldırı olarak görülmektedir. Ancak diğer pozitivistlerse devlet uygulamaları ve *opinio juris* sebebiyle *jus cogens* normlarının bu statüye ulaştığını iddia etmektedir.¹³²

"Herkesin bildiği üzere, *jus cogens* normlarını saptamanın zor olduğu ve bu normların uluslararası toplumun genel konsensüsü aracılığıyla zaman içinde geliştiği; uluslararası

¹²¹ Daha fazla bilgi için bkz. K. Wolfke, "Jus Cogens in International Law", 6 *Polish Yearbook of International Law* (1974) s. 145.

¹²² D. Shelton, "Normative Hierarchy in International Law", 100:2 *American Journal of International Law* (2006) ss. 300-301.

¹²³ G. Christenson, "Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society", 28 *Virginia Journal of International Law* (1988) s. 585.

¹²⁴ D. J. Bederman, *The Spirit of International Law* (University of Georgia Press, 2002) s. 39.

¹²⁵ E. J. Criddle ve E. Fox-Decent, "A Fiduciary Theory of Jus Cogens", 34:2 *Yale Journal of International Law* (2009) ss. 331 ve 345.

¹²⁶ Bassiouni, bkz. 105. dipnot, s. 67.

¹²⁷ Weil, bkz. 18. dipnot, ss. 413-442. Ayrıca bkz. Weisburd, bkz. 115. dipnot, s. 1.

¹²⁸ R. P. Barnidge, Jr., "Questioning the Legitimacy of Jus Cogens in the Global Legal Order", 38 *Israel Year Book on Human Rights* (2008) ss. 199 ve 203.

¹²⁹ Daha fazla bilgi için bkz. U. Linderfalk, "The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box Did You Ever Think About the Consequences?", 18:5 *European Journal of International Law* (2007) ss. 853-871.

¹³⁰ H. Keisen, *Principles of International Law* (Rinehart, 1952) s. 3.

¹³¹ E. Lauterpacht, "Sovereignty – Myth or Reality?", 73:1 *International Affairs* (1997) s. 140.

¹³² Criddle ve Fox-Decent, bkz. 125. dipnot, ss. 331 ve 339.

hukukun bir prensibi olarak yaygın biçimde kabul edilse de *jus cogens* normlarını neyin oluşturduğu hakkında ortak bir kanı olmadığı¹³³ ifade edilmektedir. *Jus cogens* “uzman hukukçuların çoğuna zorlu bir iş çıkarmıştır. Kimi özüne, kimi usule etkisine, kimi de dünya düzenini muhafaza etme niteliğine vurgu yapmıştır”.¹³⁴

Jus cogens üzerine tartışmalar, geçmişte nispeten daha sınırlı sayıda hukukçuyu ilgilendiriyordu. Çok yakın bir zamana kadar¹³⁵, pratik rolü ve geçerliliği çok az olan büyük ölçüde akademik ve teorik bir mesele olarak görüldüğü¹³⁶ için *jus cogens* kavramına bir ilgisizlik vardı. Ancak son zamanlarda bu konuya duyulan ilginin arttığı söylenebilir.¹³⁷ Bu da artan farkındalık ve bilinç sayesinde olmuştur. Sonuç olarak, *jus cogens* hakkındaki literatür, son birkaç yılda katlanarak gelişmiştir.

Jus cogens'e yönelik artan ilgi; uluslararası hukukun artık sadece teorik bir değer olarak görülemeyeceği, mevzunun gittikçe artan pratik bir geçerliliğinin de olduğu algısının yayılmasıyla ilgili olabilir. Bu olgu en azından, son yirmi yıl içinde hızla gelişen insan hakları, insancıl hukuk ve ceza hukuku alanları için doğru olacaktır. Bunun sebeplerinden biri de, yakın geçmişte kurulan mahkeme sayısının artmasıdır.¹³⁸ Sonuç olarak bu alanlardaki mahkeme içtihatları önemli oranda artmıştır. Ayrıca uluslararası ve bölgesel düzeylerde, sözleşmeler noktasında mühim gelişmeler yaşanmıştır.¹³⁹ Uluslararası düzeyde son 30 yıl içinde; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW), İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme (CAT), Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (CRC), Roma Statüsü ve Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (ICED), Tüm Göçmen İşçiler ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (MWC) ve Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme (CRPD) gibi çok ciddi sözleşmeler hayata geçirilmiştir. Ayrıca başka birçok insan hakları sözleşmesi ve yasa da yürürlüğe girmiştir.

Bugün *jus cogens* bir norm olarak birçok kişi tarafından kabul edilmektedir. Ancak temel dayanağına katılmayan bazı hukukçular hâlâ vardır. Fakat *jus cogens*'in varlığını onlar bile büyük ölçüde kabul etmektedirler. Bir yandan da ne anlama geldiği, nasıl oluştuğu ve uygulanacağı gibi noktaları sorgulayıp geçerliliği ve uygulanabilirliğiyle ilgili zorlukları ileri sürmeye devam etmektedirler.¹⁴⁰ Buna rağmen *jus cogens* normların “sözleşmelerde bulunan belli asli hükümlerin geçerliliğini reddedebilecek kurallar”¹⁴¹ oldukları hususunda bir mutabakat oluşmuş gibi görünmektedir. Bir devletin böylesi yükümlülüklerin dışına çıkacak

¹³³ D. S. Mitchell, “The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law As a Norm of *Jus Cogens*: Clarifying the Doctrine”, 15:2 *Duke Journal of Comparative & International Law* (2005) ss. 231-232.

¹³⁴ Parker, bkz. 96. dipnot, s. 414.

¹³⁵ Gerçi Paulus'un 2005'teki değerlendirmesi bu yönde değildir. Bkz. A. Paulus, “*Jus Cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation”, 74:2 *Nordic Journal of International Law* (2005) ss. 297-334. Devletlerin Yasal Dokunulmazlığı (*Almanya/İtalya*) davasında UAD önündeki sorunların merkezinde yer aldığı için, bu konu devletler açısından da büyük önem taşımaktadır.

¹³⁶ W. Gzaplinski ve G. Danilenko, “Conflict of Norms in International Law”, 21 *Netherlands International Law Review* (1990) s. 42.

¹³⁷ U. Linderfalk, “Normative Conflict and the Fuzziness of the International *Jus Cogens* Regime”, 69 *Heidelberg Journal of International Law* (2009) ss. 961-977.

¹³⁸ A. Cassese, “The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality”, (der.) C. P. R. Romano vd., *Internationalized Criminal Courts* içinde (Oxford University Press, Oxford, 2004) s. 4.

¹³⁹ J. Sarkin, “The Role of the United Nations, the African Union and Africa's Sub-Regional Structures in Dealing with Africa's Human Rights Problems: Connecting Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect”, 53:1 *Journal of African Law* (2009) ss. 1-33.

¹⁴⁰ Linderfalk, bkz. 129. dipnot, s. 853.

¹⁴¹ A. D'Amato, *International Law: Process and Prospect* (Transnational Publishers, Inc., 1987) s. 96.

sözleşmelerde bulunamayacağı kabul edilmektedir.¹⁴² *Jus cogens* normlarının, devletlerin diğer eylemleri de dahil olmak üzere,¹⁴³ andlaşmaların üzerinde ele alınacağı kabul edilmektedir.¹⁴⁴ UCM "*jus cogens* kavramının, kavram olarak hem uluslararası teamül hukukunun hem de andlaşmanın üzerinde işlediğine"¹⁴⁵ karar verirken Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi eski başkanı Yargıç Antonio Augusto Cançado Trindade, "Uluslararası bir *jus cogens*, devletin sorumluluk alanına kadar çıkıp, nihayetinde her türlü hukuki eylemi kapsayarak tanım gereği anlaşma hukukunun çok ötesine geçiyor. Tüm uluslararası hukuku kuşatıyor ve aynı zamanda kendisiyle uyuşmayan tüm eylemleri geçersiz kılarak yerel hukukun içine kadar uzanıyor," demiştir.¹⁴⁶

6. *Jus Cogens* ve Zorla Kaybetmeler

Jus cogens'in içine hangi normların girdiği yıllardır birçok tartışmanın konusu olmuştur. En çok tartışılan sorulardan birisi muhtemelen budur. Bu tartışmanın bir bölümü, *jus cogens* normunun ne olduğuna karar verirken hangi yöntemin kullanılacağı sorusundan kaynaklanır. Diğer bir sebep de, uluslararası hukuktaki genel pozisyonlarda olduğu gibi, çeşitli hukukçuların uluslararası hukukun görevi ve *jus cogens*'in oynaması gereken rol hakkında farklı anlayışlara sahip olmalarıdır.

Verdross henüz 1966 yılında, "uluslararası genel hukukun insancıl amaç ile oluşturduğu tüm hükümlerin" *jus cogens* teşkil ettiğini öne sürmüştür.¹⁴⁷ Başka geniş bir yorum da 2006 yılında Orakhelashvili tarafından yapılmıştır. Orakhelashvili, *jus cogens*'i şöyle ifade etmiştir: "Belirli bir şahsı, tüzel kişiyi ya da değeri korurken aynı zamanda münferit devletlerin çıkarlarını aşarak ahlaki ve insancıl çağrışımı olan çıkarları muhafaza etmelidir. Çünkü bunun ihlali ahlaki olarak o kadar vahim bir sonuç getirecektir ki uluslararası toplumun bütünü bunu kesinlikle kabul edilemez bulacaktır. Son olarak *jus cogens*, çıkar ayrılıklarının iki taraflı hukuki ilişkilere girmesine izin vermemelidir".¹⁴⁸ Orakhelashvili aynı zamanda, "burada incelenen alandaki emredici hükümlerin işlevi, insan hakları hukuku ve insancıl hukuk ihlallerinin cezasız kalmasını önlemektir"¹⁴⁹ diyerek *jus cogens* için bir insan hakları perspektifi de savunmuştur. Bu da insan hakları meselelerinin yargılama yetkisi içinde yer almasını sağlar. Zaten "insan hakları ve *jus cogens*'i beraber düşünmek neredeyse doğal bir entelektüel reflektir. İnsan hakları, *jus cogens*'in en temel kısmı gibidir".¹⁵⁰ Scheuner de, insan hakları prensiplerinin geniş biçimde *jus cogens* normlarının içine alınmasından yanadır.

¹⁴² Mcnair, bkz. 93. dipnot, s. 215.

¹⁴³ *Soykırım Suçunun Engellenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşmenin Uygulanması (Bosna Hersek/Sırbistan ve Karadağ Davası)*, 11 Temmuz 1996, UAD, Hakim Lauterpach'ın Şerhi, para. 325 ve para. 440, alıntılanığı kaynak Criddle ve Fox-Decent, bkz. 125. dipnot, n. 22.

¹⁴⁴ T. Meron, "On a Hierarchy of International Human Rights", 80:1 *American Journal International Law*, (1986), ss. 19-21.

¹⁴⁵ *Soykırım Suçunun Engellenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşmenin Uygulanması (Bosna Hersek/Sırbistan ve Karadağ davası)*, Geçici tedbirlerin alınması için diğer başvurular, [1993], UAD, 325, 440 (Lauterpacht, J).

¹⁴⁶ A. A. Cançado Trindade, "*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case-Law*", erişim adresi <[www.oas.org/dil/ esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf)> (Son erişim tarihi: 2 Şubat 2012).

¹⁴⁷ Verdross, bkz. 102. dipnot, ss. 53 ve 59.

¹⁴⁸ Orakhelashvili, bkz. 17. dipnot 16.

¹⁴⁹ Orakhelashvili, bkz. 36. dipnot, ss. 955 ve 970.

¹⁵⁰ A. Bianchi, "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*", 19:3 *The European Journal of International Law* (2008) p. 495.

Hukuk, barış ve insanlık gibi çeşitli kategorilerdeki meselelerin *jus cogens*'in de kapsamına girdiğini ifade etmiştir.¹⁵¹

İnsan hakları hukukunun bütününün *jus cogens*'e dahil edilmesini savunan UCM'den Yargıç Tanaka *jus cogens*'in kapsamı üzerine benzer genişlikte bir perspektifi dile getirmiştir,

yakın dönemde Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından mercek altına alınan ve *jus dispositivum*'a tezat teşkil eden bir buyurucu yasa türü olan ve *jus cogens* olarak adlandırılan yasa kategorisini uluslararası alana sokarsak ... insan haklarının korunmasına ilişkin hukuk, şüphesiz *jus cogens*'e ait olarak nitelendirilebilir. [UCM Statüsü'nün] 38. Maddesi'nin c bendini, [uluslararası hukukun kaynağı olarak] maddede değinilen genel prensiplerin, insan hakları kavramını ve korunmasını içerdiği yönünde yorumluyoruz.¹⁵²

Yargıç Ammoun, *Barselona Traction Davası*'nda¹⁵³ BM Şartı'nın girişinde yer alan insan haklarının "bağlayıcı hukuk normları"¹⁵⁴ olduğu yönünde karar vermiştir. BM Şartı'nda yer alan insan haklarının, *jus cogens* normlar oldukları başkaları tarafından da öne sürülmüştür.¹⁵⁵ Parker ve Neylon, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ndeki hakların BM Şartı'nın girişindeki hakların bir yansıması olduğunu, dolayısıyla bu hakların teamül hukukunu oluşturduğunu savunmuşlardır.¹⁵⁶ 1989 yılındaki makalelerinde, bu hakların hızla *jus cogens* haline geldiğini iddia etmişlerdir.¹⁵⁷ Diğer bir deyişle zorla kaybetmelere ilişkin savları, en azından İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 3. Maddesi'nin (yaşam hakkı, özgürlük ve kişinin güvenliği) *jus cogens* olduğu şeklindedir. Diğer yazarlar da, "güncel insan haklarının temel çerçevesini oluşturan bölümün açıkça *jus cogens* olarak tanımlanabileceği"¹⁵⁸ kanaatindedir. Ancak hangi hakların tadil edilebileceği bir tartışma konusudur. Bu bağlamda "belirli temel hakların tadil edilemeyeceği; uluslararası insan hakları sözleşmelerinin şüphesiz ... sadece karşılıklı sözleşme taahhütü olarak değil ... ilkesel bağlamda da bağlayıcılığı olan unsurlar içerdiği; ancak bunun, tüm insan haklarının *jus cogens* olduğu anlamına gelmediği"¹⁵⁹ savunulmaktadır.

Ancak Sinclair'e göre, ILC üyeleri insan haklarını ihlal eden andlaşmaların *jus cogens* tanımı kapsamına gireceğinde uzlaşsa da, tüm insan haklarını *jus cogens* alanına sokmak sorunlu¹⁶⁰ olacaktır.¹⁶¹ Nitekim *jus cogens*'in içerdiği bir dizi mesele, insan hakları alanının dışında kalmaktadır.¹⁶² Ama bir yandan da soykırım, apartheid, kölelik ve korsanlık yasakları genel insan hakları ve ceza hukuku alanına *jus cogens* olarak dahil edilmektedir.¹⁶³ Birçok hukukçu,

¹⁵¹ U. Scheuner, "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1967) s. 27.

¹⁵² *Güney Batı Afrika Davaları (Etiyopya/Güney Afrika, Liberya/Güney Afrika davaları)*, 18 Temmuz 1966, UAD, Hakim Tanaka'nın Şerhi, s. 298, alıntılı olduğu yer Parker ve Neylon, *bkz.* 96. dipnot 96, ss. 411 ve 441-442.

¹⁵³ *Barselona Traction, Işık ve Güç Şirketi, (Belçika/İspanya Davası)*, 5 Şubat 1970, UAD, *UAD Raporları* 1970, s. 301.

¹⁵⁴ Parker ve Neylon, *bkz.* 96. dipnot, ss. 411-441.

¹⁵⁵ Paulus, *bkz.* 27. dipnot, ss. 297 ve 332.

¹⁵⁶ Parker ve Neylon, *bkz.* 96. dipnot, ss. 411-442.

¹⁵⁷ *a.g.e.*

¹⁵⁸ M. McDougal v.d., *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, (Yale University Press, 1980) s. 345.

¹⁵⁹ R. Higgins, "Derogation Under Human Rights Treaties", 1976-1977 *British Yearbook of International Law*, ss. 281-282, alıntılı olduğu yer için *bkz.* Parker ve Neylon, *bkz.* 96. dipnot, s. 411, d. 200.

¹⁶⁰ Hakkındaki eleştiriler için ayrıca *bkz.* A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2. basım. (Cambridge University Press, 2007) s. 319.

¹⁶¹ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, 1984) s. 217.

¹⁶² *Örneğin bkz.* A. de Zayas, "Peace as a Human Right. The jus cogens Prohibition of Aggression," (der.) C. V. Duran, *Con-tribuciones Regionales Para un Derecho Universal del Derecho Humano a la Paz, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* içinde (Luarca, 2010) ss. 157-174.

¹⁶³ Davidsson, *bkz.* 100. dipnot.

insanlığa karşı suçlar ile savaş suçlarını da bu listeye dahil etmektedir.¹⁶⁴ Bir kısmı kaybetmeleri de bu listeye dahil etmektedir.

Zorla kaybetmelerin *jus cogens* normuna sahip olup olmadıkları sorusunu karmaşıklaştıran nokta tüm kaybetmelerin mi, yoksa sadece Roma Statüsü'nde tanımlananlarla sivil halka karşı yaygın ve sistematik bir saldırı şeklinde vuku bulanların mı insanlığa karşı suç olarak ele alınacağıdır. Birçok kişi, zorla kaybetmelerin doğrudan insanlığa karşı suç niteliğinde olduğunu tartışmasız kabul etmektedir. Yaygın ya da sistematik olan, insanlığa karşı suçlar çerçevesine giren zorla kaybetmelerin *jus cogens* olmadıklarını iddia etmek oldukça güçtür.¹⁶⁵ Bu suçun Roma Statüsü'nde, UCM tarafından soruşturulacak dört ana suçtan biri şeklinde düzenlenmiş olması, durumu daha da yadsınamaz bir hale getirmektedir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi 2004 yılındaki *19 Tradesmen (Tüccar-Esnaf)/Kolombiya Davası*'nda, sistematik ya da yaygın bir sürecin parçası olup olmadığına bakılmaksızın zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç olduğuna kanaat getirmiştir.¹⁶⁶ Solla, Amerikalılar Arası sistemde "her zorla kaybetme vakasının insanlığa karşı suçlarla bağlantılı gibi görüldüğüne" işaret etmiştir.¹⁶⁷ Amerikalılar Arası sistemin ötesinde ICTY, *Tadic* kararında "teröre ya da zulme dayalı politik sistemin bir ürünüyse münferit bir eylemin dahi insanlığa karşı suç teşkil edeceği"ne kanaat getirmiştir.¹⁶⁸

Amerikan Devletleri Örgütü'nün 1983 yılındaki Genel Kurul görüşü, zorla kaybetme eyleminin sistematik ya da yaygın olmasından bağımsız biçimde genel olarak insanlığa karşı suç olduğudur. Zorla kaybetme eylemi, *per se* insanlığa karşı işlenen bir suç olarak tarif edilmiştir. Yaygın ya da sistematik ifadeleri eklenmeden, "insanların kaybedilmesi, yarımkürenin bilincine bir hakarettir ve insanlığa karşı bir suçtur," biçiminde ifade edilmiştir.¹⁶⁹ Benzer şekilde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 1984 yılında, yaygın ya da sistematik bir saldırının parçası olmasına gerek olmaksızın zorla kaybetmelerin insanlığa karşı suç olduğuna kanaat getirmiştir.¹⁷⁰ Bu durum, 1992'de kabul edilen Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri'de de teyit edilmiştir.¹⁷¹ "Zorla kaybetmenin hukukun egemenliği, insan hakları ve temel özgürlüklere bağlı tüm toplumların en derin değerlerinin altını oyduğu ve dolayısıyla bu eylemlerin sistematik olarak uygulanmasının insanlığa karşı suç olduğu" belirtilmiştir.¹⁷² "Sistematik uygulama" sözünün kullanılması, eylemin sistematik olarak vuku bulduğu durumda insanlığa karşı suç olarak algılanması açısından önemlidir. Bu ifade, zorla kaybetmelerin ne zaman insanlığa karşı suç teşkil edecek nitelikte olduğunu sınırlamış olan Roma Statüsü'ndekinden çok daha geniştir. Roma Statüsü'nde "[b]u statünün amacı gereği 'insanlığa karşı suç', sivil halka karşı yaygın ya da sistematik bir saldırının parçası olarak ve bilinçli bir saldırı ile işlenen [çok sayıda zorla kaybetme suçu da dahil] her türlü eylemi içerir," şeklinde ifade edilmiştir. Bu bağlamda Antonio Cassese şunları dile getirmiştir:

¹⁶⁴ N. Dastoor, "The Responsibility to Refine: The Need for a Security Council Committee on the Responsibility to Protect", 22:1 *Harvard Human Rights Journal* (2009) ss. 26-27.

¹⁶⁵ A. M. Guarino, "Chasing Ghosts: Pursuing Retroactive Justice for Franco-Era Crimes Against Humanity", 33:1 *Boston College International and Comparative Law Review* (2010) ss. 61-86.

¹⁶⁶ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *19 Tüccar/Kolombiya*, Davanın Esası, Tazminat ve Masraflar, 5 Temmuz 2004 tarihli karar, Seri C, No. 109, para. 142.

¹⁶⁷ P. Solla ve M. Fernanda, *Enforced Disappearance in International Human Rights*, (McFarland & Company, 2006) s. 30.

¹⁶⁸ *Tadic kararı*, 7 Mayıs 1997, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, IT-94-1, para. 649, <www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf> (Son erişim tarihi: 25 Mayıs 2003).

¹⁶⁹ OAS [Amerikan Devletler Örgütü] Kararı AG/RES.666 (XIII-0/83) Doc. AG/RES.666 (XIII-0/83), para. 4.

¹⁷⁰ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Yasa Tasarısı 828/1984, para. 13(a)(i).

¹⁷¹ Genel Kurul tarafından kabul edilen 18 Aralık 1992 tarihli karar 47/133.

¹⁷² Bildiri Önsözü'nün 4. Paragrafı.

Bu suça ilişkin olarak UCM Statüsü, mevcut teamül hukukunu kanunlaştırmamış; ancak ilk olarak andlaşma hukukundan (bu başlık altındaki çeşitli eylemleri yasaklayan insan haklarına ilişkin çok sayıda andlaşma) doğan ve aynı zamanda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu¹⁷³, İnsan Hakları Mahkemesi ve çok sayıda BM Genel Kurulu kararıyla gelişmekte olan yasanın billurlaşmasına katkıda bulunmuştur. Bu çeşitli organlar, kişilerin zorla kaybedilmelerini yasaklayan bir teamül hükmünün oluşumuna aşamalı olarak katkı sağlamıştır. UCM Statüsü, bu eylemin suç olarak kabul edilmesini onaylamış ve yazılı hale getirmiştir.¹⁷⁴

Uluslararası Sözleşme (ICED) tasarısı hazırlanmadan önce bile, hem anlaşma hem de teamül hukukunun zorla kaybetmeleri uluslararası hukukta yasakladığı tanınıyordu. Bu durumun sistematik pratikler ve insanlığa karşı suçlarla ilişkili olduğu iddia edilebilecek olsa da, bu tarz pratiklerin yokluğunda da zorla kaybetmenin bir uluslararası hukuk ihlali olduğu görülmektedir. Genel Kurul, Roma Statüsü'nün 1998'de kabulünden yıllar önce zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç olduğunu düzenli olarak vurgulamıştı.¹⁷⁵

Zorla kaybetmenin *jus cogens* olarak kabul edilmesi hususundaysa, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün Dış İlişkiler (Üçüncü) Yeniden Beyanı'nın 702. bölümünde *jus cogens* ihlalleri soykırım, köle ticareti, cinayet/kaybetme, işkence, uzatılmış gözaltı ve sistematik ırk ayrımcılığı olarak sıralanmıştır.¹⁷⁶ Bu listenin tasarı raportörü Louis Joinet idi. Birleşik Devletler Massachusetts Bölge Mahkemesi, *Xuncax/Gramajo Davası*'nda kaybetmelerin *jus cogens* teşkil ettiğine hükmetmiştir.¹⁷⁷ Birçok kişi bu listeyi açıkça kabul etmekte ya da listeye atıfta bulunarak yahut listeyi eleştirmeyip alternatif bir bakış ortaya atmayarak onaylamaktadır. Örneğin bu kişilerden biri, Beyan'ın son derece muteber olduğunu ifade eden ve böylelikle listeyi onaylıyor gözükten Biersteker'dir.¹⁷⁸ Joseph, listenin en çok saygı uyandıranlardan biri olduğunu, ancak muhtemelen muhafazakâr olduğunu yazmıştır.¹⁷⁹ Criddle ve Fox-Descent de Steiner, Alston ve Goodman'ın ifade ettiği gibi¹⁸⁰ listedeki tüm normların yerleşik uluslararası normlar olduğunu belirtmişlerdir.¹⁸¹ Gabriella Citroni'nin dikkat çektiği üzere,

Uluslararası toplum 1974'ten beri bu çirkin olgunun üstesinden gelebilmek için etkin hukuki araçlar oluşturmaya çalışmıştır. Zorla kaybetme yasağının zorunlu niteliğinin (*jus cogens*) tanınması ile sorumluları soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğü de dahil olmak üzere bu konuda önemli ilerlemeler kaydedilmiştir.¹⁸²

¹⁷³ Bkz. J. L. M. González, "The Crime of Forced Disappearance of Persons According to the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights", 10:4 *International Criminal Law Review* (2010) ss. 475-489.

¹⁷⁴ A. Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford University Press, New York, 2003) s. 80.

¹⁷⁵ Bkz. Genel Kurul Kararları AG/RES. 742 (XIV-0/84), 17 Kasım 1984 tarihli karar, para. 4; AG/RES. 950 (XVIII-0/88), 19 Kasım 1988 tarihli karar, para. 4; AG/RES. 1022 (XIX-0/89), 10 Kasım 1989 tarihli karar, para. 7; ve AG/RES. 1044 (XX-0/90), 8 Haziran 1990 tarihli karar, para. 6. Bkz. Andreu- Guzmán, bkz. 77. dipnot, s. 2.

¹⁷⁶ G. Walker "Sources of International Law and the Restatement (Third), Foreign Relations Law of the United States", 57 *Naval Law Review* (1988) s. 1.

¹⁷⁷ 886 F supp 162 (DMass 1995).

¹⁷⁸ T. J. Biersteker v.d. (der.), *International Law and International Relations: Bringing Theory and Practice* (Routledge, 2006) s. 369.

¹⁷⁹ S. Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation* (Hart Publishing 2004) s. 25.

¹⁸⁰ H. J. Steiner v.d., *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals: Text and Materials*, 2. Baskı (Oxford University Press, 2008) s. 170. R. Goodman ve D. P. Jinks de kayıpları *jus cogens*'e dahil ederler, "Filartiga's Firm Footing: International Human Rights and Federal Common Law", 66 *Fordham Law Review* (1997), ss. 498-506.

¹⁸¹ Biersteker, bkz. 178. dipnot.

¹⁸² G. Citroni, "Recent Developments in International Law to Combat Enforced Disappearances", *Revista Internacional de Direito e Cidadania* (2009) ss. 89-111.

Zorla kaybetmelerin *jus cogens* statüsüne ulaştığını savunan diğer bir hukukçu da Pablo Arrocha'dır.¹⁸³ Diğerleri ise Carlee Hobbs¹⁸⁴, Wolfgang Kaleck¹⁸⁵ ve Larry Catá Backer'dir¹⁸⁶. Charlesworth ve Chinkin henüz 1993 yılında, zorla kaybetmelerin *jus cogens* normlarından olduğunu savunmuşlardır.¹⁸⁷ "Tipik olarak *jus cogens* normlarının içinde yer alan tüm insan hakları ihlallerinin; soykırım, kölelik, cinayet, kaybetme, işkence, uzun süreli keyfi gözaltı ve sistematik ırk ayrımcılığının kesin bir ciddiyet teşkil ettiğini" ifade etmişlerdir.¹⁸⁸ Ntounandi insanlığa karşı suçlar üzerine yazdığı bir kitabında, herhangi bir af yasasının devletin yargılama göreviyle bağdaşabilmesi için zorla kaybetme de dahil birçok suçun af kapsamı dışında bırakılması gerektiğini iddia etmiştir.¹⁸⁹ Ayrıca iddiasını, Roma Statüsü'nde tanımlandığı şekliyle insanlığa karşı suç seviyesine ulaşmış zorla kaybetmelerle sınırlamamış, bu tür tüm suçları dahil etmiştir. Martin, insanlığa karşı suçlarla *jus cogens* kapsamında yer alan yasaklar arasında bir örtüşme olduğunu ileri sürerek zorla kaybetmenin genel olarak insanlığa karşı suç olduğunu söylemiştir.¹⁹⁰ Orakhelashvili, kaybetmelerin ya *jus cogens* olduklarını "ya da korkunç doğaları sebebiyle *jure imperi* eylemi teşkil edemeyeceklerini"¹⁹¹ savunmuştur. Obura, Birleşmiş Milletler ve hükümetler arası diğer birçok kurumun taahhütleri incelendiğinde, kaybetmeler de dahil olmak üzere cezalandırılması gereken suçların yargılanması ve cezalandırılmasının, devletlerin teamül hukuku altındaki yükümlülükleri olduğu yorumunun desteklendiğini öne sürmüştür.¹⁹² Bu sebeple de teamül hukukunun kaybetmeleri yasakladığını iddia etmiştir. Bunu, devletin görevlerinin *erga omnes* olmasına yol açan soruşturma ve yargılama ödeviyle bağdaştıran Broomhall da benzer bir iddiada bulunur.¹⁹³ Bianchi, zorla kaybetmelerin *jus cogens* teşkil eden normlara dahil olması hususunda çok az şüphe olabileceğini söylemiştir.¹⁹⁴ Rodley de zorla kaybetme yasağının *jus cogens* olduğuna hükmetmiştir. Bu hükme varırken, bu durumun çeşitli hakların kümülatif ihlali olması ve zorla kaybetmelerle hukuka sürülen lekenin mümkün en ağır ihlal olarak görülmesi ve buna göre muamele görmesi gerektiğini söyleyen pek çok temellendirmeye başvurmuştur.¹⁹⁵ Paust gizli gözaltı ve alıkoyma bağlamında, bu süreçlerin, zorla kaybetmelerin *jus cogens* statüsü temelinde çok sayıda yasal hak talebinde bulunulmasına yol açabileceğini dile getirmiştir.¹⁹⁶ Pati de bu değerlendirmeye katılır.¹⁹⁷ Bröhmer, zorla kaybetmelerin devletin dokunulmazlığı bağlamında *jus cogens* statüsü seviyesine ulaştığını

¹⁸³ P. Arrocha, "The Never-Ending Dilemma: Is the Unilateral use of Forcé by States Legal in the Context of Humanitarian Intervention?", 11 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2011) s. 36.

¹⁸⁴ C. M. Hobbs, "The Conflict Between the Alien Tort Statute Litigation and Foreign Amnesty Laws", 43:2 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2010) s. 512,

¹⁸⁵ A. Fischer-Lescano, "Global Constitutional Struggles: Human Rights between *colère publique*", (der.) W. Kaleck v.d., *International Prosecution of Human Rights Crimes* içinde (Springer, 2007) s. 18.

¹⁸⁶ L. C. Backer, *Harmonizing Law in an Era of Globalization: Convergence, Divergence, and Resistance*, (Carolina Academic Press, 2007) s. 37.

¹⁸⁷ H. Charlesworth ve C. Chinkin, "The Gender of Jus Cogens", 15 *Human Rights Quarterly* (1993) ss. 63-76.

¹⁸⁸ *a.g.e.*

¹⁸⁹ F. Z. Ntoubandi, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, (Brill, 2007) s. 229.

¹⁹⁰ F. F. Manin v.d., *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases and Analysis*, (Cambridge University Press, 2006) s. 341.

¹⁹¹ Orakhelashvili, *bkz.* 36. dipnot, ss. 955 ve 969.

¹⁹² K. Obura, "Duty to Prosecute International Crimes Under International Law", (der.) C. Murungu ve J. Biegon, *Prosecuting International Crimes in Africa* içinde (PULP, 2011) s. 26 ve n. 106.

¹⁹³ B. Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, 2. Basım, (Oxford University Press, 2003) s. 56.

¹⁹⁴ A. Bianchi, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case Legal Proceedings in the UK: the Interaction of Municipal and International Law", 10:2 *European Journal of International Law* (1999) s. 272.

¹⁹⁵ N. Rodley ve M. Pollard, *The Treatment of Prisoners under International Law*, 3. Basım (Oxford University Press, USA, 2011) s. 377.

¹⁹⁶ J. J. Paust, *Beyond the Law: The Bush Administration's Unlawful Responses in the "War" on Terror*, (Cambridge University Press, 2007) s. 35.

¹⁹⁷ R. Pati, *Due Process and International Terrorism*, (Martinus Nijhoff, 2009) s. 439, n. 43.

öne sürer.¹⁹⁸ Ayrıca koruma sorumluluğu yaklaşımını (Responsibility to Protect - R2P)¹⁹⁹ soruşturan Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu'nun, koruma sorumluluğunun *jus cogens* ile uygunluğunu tanıyıp, zorla kaybetmeleri normun bir parçası olarak görmesi ilginçtir.²⁰⁰

Jus cogens olup olmadığını belirlemek için bir suçun istisna tutulup tutulmayacağına incelenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.²⁰¹ Eğer istisna tutulamayacaksa kapsam içine alınacaktır. Nitekim, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre *jus cogens* normu, "devletlerin bir bütün olarak milletlerarası toplumunun, kendisinden sapılmasına hiçbir surette müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikteki milletlerarası genel bir hukuk normu ile değiştirilebilecek bir norm olarak kabul edip tanıdığı bir normdur".²⁰² ILC, kısmen farklı bir bağlamda da olsa, konu ile yakından ilgili olarak şöyle demiştir,

bu durum topluluğun tüm üyelerince oybirliğiyle onaylanma gerekliliği anlamına gelmiyor, zira bu durum her devlete tasavvur edilemeyecek bir veto hakkı tanırdı. Burada sağlanılmaya çalışılan şey, uluslararası belli bir kanuna aykırı davranışın, çoğunluğu oluştursalar dahi sadece belli devletler tarafından değil, uluslararası toplumun tüm temel bileşenleri tarafından "uluslararası suç" olarak tanınmasıdır.²⁰³

Dolayısıyla sapma olmaması, *jus cogens*'in ana bileşenlerinden biri olarak görülür. Zorla kaybetme yasağından sapma olamayacağı çeşitli belgelerde tanınmıştır. Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon'un 7. Maddesi "savaş tehdidi, savaş durumu, siyasi iç istikrarsızlık ya da başka herhangi bir olağanüstü hal de dahil hiçbir koşul, zorla kaybetmeleri meşrulaştırmak için kullanılamaz," der. Benzer biçimde ICED'in 1(2). Maddesi, kişilerin hiçbir şart altında zorla kaybedilmeye maruz bırakılmama hakkını tanıyarak, bu sınırlanamaz hak olarak kabul edilmektedir. Zorla kaybetmeyi meşrulaştırabilecek hiçbir durumun var olamayacağı net biçimde ifade edilmiştir. Amerikalılar Arası Sözleşme de bu konuda sapma olamayacağını tanıyarak.²⁰⁴ Meron keyfi gözetimler bağlamında Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (ICCPR) 4. Maddesi'ne istisna getirilemeyeceği için bunun emredici olduğunu ileri sürer.²⁰⁵ Aynı şey benzer biçimde, zorla kaybetme vakaları için de öne sürülebilir.²⁰⁶ ICCPR'deki çok sayıda maddenin, zorla kaybetmelere de uyarlanabileceği görülmektedir.²⁰⁷ Bunlardan bazıları şu maddelerdir: Madde 2(3) (etkin iç

¹⁹⁸ J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights* (Springer, 1997) s. 147.

¹⁹⁹ *Daha fazla bilgi için bkz.* J. Sarkin, "Is the Responsibility to Protect (RtoP) an Accepted Norm of International Law in the Post-Libya Era? How its Third Pillar (The Responsibility to Rebuild) Ought to be Applied", *Groningen Journal of International Law* (2012) ss. 11-48. Ayrıca bkz. J. Sarkin, "The Responsibility to Protect and Humanitarian Intervention in Africa", 2:4 *Global Responsibility to Protect* (2010) ss. 371-387.

²⁰⁰ Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu, s. 145.

²⁰¹ Higgins, bkz. 159. dipnot, s. 282.

²⁰² Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 1969, 53. Madde, Online erişim adresi: <untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf>.

²⁰³ "Summary Records of the 1374th Meeting", 1 *Yearbook of the International Law Commission* (1976) s. 73, Doc. A/CN.4/291 ve Add. 1-2.

²⁰⁴ Bkz. Önsöz ve 1. Madde

²⁰⁵ T. Meron, *Human Rights Law-making in the United Nations* (Oxford University Press, USA, 1987) s. 59, benzer bir görüş için ayrıca bkz. Higgins, bkz. 158. dipnot, s. 282.

²⁰⁶ Bu husus ICCPR'de zorla kaybetmelere uygulanabilir olarak değerlendirilmiştir. Bkz. L. C. Keith, "The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights: Does it Make a Difference in Human Rights Behavior?", 36 :1 *Journal of Peace Research* (1999) s. 105.

²⁰⁷ İnsan Hakları Komitesi (HRC), 1982 gibi erken bir tarihte zorla kaybetmelerin de yaşam hakkı gibi ICCPR'den kaynaklanan yükümlülükler arasında olduğuna ilişkin genel bir yorum yayımlamış, ancak ICCPR metninin kendisinde zorla kaybetmelere değinilmemiştir. HRC'nin zorla kaybetmeleri ele aldığı pek çok davadan bazıları: *Zohra Madoui/Cezayir*, 28 Ekim 2008, para. 7.7; *Grioua/Cezayir*, 10 Temmuz 2007, para. 7.8; *Bousroual/Cezayir*, 30 Şubat 2006, para. 9.2; *Boucherf/Cezayir*, 30 Şubat 2006, para. 9.2; *Jegatheeswara/Sri Lanka*, 16 Haziran 2003, para. 9.3; HRC, *Yasoda Sharma/Nepal*, 6 Kasım 2008, para. 7.9. HRC, 27 Temmuz 1982 tarihli Genel Yorum

hukuk yollarına erişim hakkı), Madde 6 (yaşam hakkı), Madde 7 (işkence, insanlık dışı veya alçaltıcı muamele ve cezanın yasaklanması), Madde 9 (kişinin güvenlik ve özgürlük hakkı) ve Madde 16 (kanun önünde birey olarak tanınma hakkı).

Zorla kaybetme durumunda *jus cogens*'in var olup olmadığını etkileyen başka bir husus da evrensel yargılama yetkisidir. Devletler 20. yüzyılda, uluslararası güçlü bir hukuk düzeninin kendi coğrafi yargı yetkileri ve egemenliklerine belirli sınırlamalar getirmesi gerektiğini kabul etmişlerdir.²⁰⁸ Devlet egemenliğinin uluslararası iradeye bu tabiiyeti, evrensellik ve evrensel yargılama yetkisi ilkelerinde vücut bulmuştur. Evrensellik ilkesi, ulusal egemenliği aşar.²⁰⁹ Evrensellik ilkesi şu varsayıma dayanır: "Bazı suçlar, evrensel olarak kınanmıştır ki bu suçların faileri, artık tüm insanlıkla düşmandır" ve "dolayısıyla bu failer üzerinde gözetimi olan her ulus, böyle suçlarla ilgili yasası gereğince onları cezalandırabilir."²¹⁰ Bu ilke, mevzu bahis devlet tarafından kabul edildiğinde, devletle kişi ya da söz konusu eylem arasında bir bağ olmasa dahi, o devlete bu suçu işlemiş kişiyi tutuklama ve yargılama hakkı vermektedir.²¹¹ Böylelikle evrensel yargılama yetkisine uygun suçların, aynı zamanda *jus cogens* suçlar olmalarının muhtemel olduğu iddia edilebilir. Uluslararası Hukuk Komisyonu bu bağlamda, kapsamına kaybetmeleri de aldığı "uluslararası suçlar" da dahil olmak üzere çeşitli suç türlerinin evrensel yargılama yetkisine tabi olduğuna karar vermiştir.²¹²

6.1. Jus Cogens'in Ne Olduğunun Belirlenme Süreci

Jus cogens normlarının neler olduğunu belirlemede Viyana Sözleşmesi'ndeki tanım kullanılırsa Shelton'ın öne sürdüğü gibi, "53. Madde, ilk olarak milletlerarası genel bir hukuk normunu kabul eder. Daha sonra, milletlerarası toplumun bu normdan hiçbir surette sapmaya müsaade etmeyeceğini devletlerin kabul etmesini gerektirir. Bu durum, devletleri emredici bir normun varlığını tekil olarak veto etmekten men ederken öte yandan böyle bir normun tanımlanması için yüksek bir eşik belirler ve bu tanımlamayı adil biçimde devletlerin onayına bırakır."²¹³

Jus cogens, yüksek mertebeye erişmiş uluslararası teamül hukuku normları sayıldığından öncelikle zorla kaybetmelerin uluslararası teamül hukukunu ihlal eden suçlar olup olmadığını

6/16'da "Üye devletler ayrıca, ne yazık ki son derece sık görülen bir durum haline gelmiş bulunan ve sıklıkla keyfi biçimde hayattan mahrumiyetle sonuçlanan kaybetmeleri önlemek için özel ve etkili adımlar atmalıdır. Dahası, devletler yaşam hakkının ihlalini içermesi olası koşullarda kayıp ve zorla kaybetme vakalarını etraflı bir şekilde soruşturacak etkili organ ve usuller meydana getirmelidir." Bkz. İnsan Hakları Komitesi Raporu, UN Doc E/CN.4/Sub.2/Add.1/963 (1982), para. 3. HRC, ayrıca devletlerin bu tür suçlarla ilişkili olarak sorumluluk sahibi olduğunu açıkça belirtmiştir. Bunun yanı sıra, devletlerin, zorla kaybetmelerden sorumlu olanları soruşturma görevi olduğu ifade edilmektedir. Örnek için bkz. *Quinteros/Uruguay*, Comm 107/1981, UN Doc A/38/40 (1983) ayrıca bkz. *Bleir/Uruguay*, Comm 107/1981, UN Doc A/38/40 (1983).

²⁰⁸ J. Sarkin, "The Historical Origins, Convergence and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International Criminal Law and International Law: Their Application from at least the Nineteenth Century", 1 *Human Rights and International Legal Discourse* (2007) s. 125.

²⁰⁹ M. C. Bassiouni, "The History of Universal Jurisdiction", (der.) S. Macedo, *Universal Jurisdiction*, (University of Pennsylvania Press, 2004) s. 39 ve 42. Ayrıca bkz. M. C. Bassiouni, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", 42 *Virginia Journal of International Law* (2001) s. 81-162.

²¹⁰ Uluslararası Kızıl Haç Komitesi, *State Consent Regime vs. Universal Jurisdiction*, 12 Ekim 1997, Online erişim adresi: <www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList320>, (Son erişim tarihi: 19 Şubat 2012).

²¹¹ G. V. Glahn, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 7. basım (Prentice Hall, 1996) s. 13.

²¹² Zdzislaw Galicki, Özel Raportör, Uluslararası Hukuk Komisyonu, suçluyu ülkesine iade etme ya da soruşturma yükümlülüğü hakkında ön rapor. 58. oturum, Cenevre, 1 Mayıs, 1-9 Haziran ve 3 Temmuz-11 Ağustos 2006, para. 20, Online erişim adresi: <daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/379/01/PDF/N0637901.pdf?OpenElement>.

²¹³ Shelton, bkz. 122. dipnot, ss. 302-304.

değerlendirmek gerekir. (1) Devlet uygulamasının tekdüzeliği, (2) devlet uygulamasının genelliği ve (3) devlet uygulamasının hukuki zorunluluk olduğu görüşü²¹⁴ söz konusu olduğunda suçlar, uluslararası teamül hukukunun bir ihlali olarak ele alınır. Ayrıca uluslararası teamül hukuku, uluslararası toplumun ortak bir uzlaşısıyla hükme bağladığı suçları *jus cogens* suçlar olarak nitelendirir. *Erga omnes* “herkese yönelik” olmayı zorunlu olarak içerir.²¹⁵ *Jus cogens* suçlar, yükümlülüklerin herkese yönelik olmasını şart koştuğu için *erga omnes* yükümlülükler *jus cogens* addedilen suçların bir sonucudur. *Erga omnes*’in sonuçlarından biri, devletlerin bu tür suç faillerini iade etme ya da yargılama zorunluluklarıdır.²¹⁶ Dolayısıyla “uluslararası hukuk suçlarının devletlere atfedildiği durumlarda *jus cogens* ve *erga omnes* normlarının tetiklendiği sonucunu çıkarmak yanlış olmaz.”²¹⁷

UAD, *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası*’nda bir andlaşmada teamül hukuku oluşturulması için hangi unsurların bulunması gerektiğine bakmıştır.²¹⁸ “Andlaşma ya da andlaşma hükmünün norm yaratıcı niteliği olmalı; taraf olmayan devletler tarafından dahi, yaygın ve temsilî bir devlet uygulaması olmalı; *opinio juris* normunun emaresi ve de yeterli süre geçmiş olmalı... Diğer unsurlar güçlü biçimde mevcutsa zaman oldukça dar olabilir.”²¹⁹ Bu nedenle normu oluşturanın ya da en azından pekiştirenin ICED olduğu iddia edilebilir. Andlaşma henüz birkaç senelik iken zorla kaybetme hakkındaki diğer uluslararası çerçeve çok uzun yıllardan beri mevcuttur; ICED, başka bir yerde önceden var olan bağlayıcı andlaşma normlarını oluşturmaktadır. Devletlerin kayıplar sorunuyla baş etmek için pek çok şey yaptığı bir gerçektir. Örneğin, birçok devlet kayıpları incelemek için özel araştırma organları oluşturmuştur.²²⁰ 1982’de Bolivya, “Ulusal Kayıpları Araştırma Komisyonu” isimli bir hakikat komisyonu kurmuştur.²²¹ Bu süreç, diğer birçok ülkeye yayılmıştır. 1983 yılında kurulan “Kayıplarla İlgili Arjantin Ulusal Komisyonu” ve 1985 yılında Uruguay’da kurulan “Kaybedilen Kişiler ve Kayıpların Sonuçları Üzerine Araştırma Komisyonu” bunlara örnektir.²²² Bugüne kadar yaklaşık 45 resmî hakikat komisyonu oluşturulmuş ve bunların çoğu kendi görev süreleri boyunca kayıpları araştırmışlardır. Ayrıca resmî olmayan hakikat araştırma süreçleri de önemli oranda yürütülmüştür.²²³

Bassiouni, bir suçun *jus cogens* olup olmadığını belirleyebilmek için şu unsurların bütün olarak değil, ayrı ayrı incelenmesi gerektiğini savunur: (1) bu suçların, genel teamül hukukunun parçası olarak ele alınmasını tanıyan uluslararası *opinio juris* de denilebilecek uluslararası bildiriler; (2) bu suçların, uluslararası hukukta daha üst bir statüye sahip olduğunu işaret eden önsözlerdeki dil ya da bu suçlara uygulanabilecek diğer andlaşma

²¹⁴ L. Glauner, “The Need for Accountability and Reparation: 1830-1976 The United States Governments Role In the Promotion, Implementation, and Execution of the Crime of Genocide Against Native Americans”, 51:3 *DePaul Law Review* (2002) s. 91

²¹⁵ *a.g.e.*

²¹⁶ M. C. Bassiouni, “International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes”, 59:4 *Law & Contemporary Problems* (1996) s. 67

²¹⁷ S. Kadelbach ve T. Kleinlein, ‘Cluster of Excellence “The Formation of Normative Orders”’, 50 *German Yearbook of International Law* (2007) s. 13. Ayrıca bkz. A. J. J. de Hoogh, “The Relationship Between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes”, 42 *Austrian Journal of Public International Law* (1991) s. 183.

²¹⁸ *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği (Federal Almanya Cumhuriyeti-Hollanda) davası*, 20 Şubat 1969, UAD, U.A.D. Raporları, ss. 41-43.

²¹⁹ Parker ve Neylon, bkz. 96. dipnot, s. 411, n. 31.

²²⁰ Genel olarak bkz. E. Stanley, “Truth Commissions and the Recognition of State Crime”, 45:4 *The British Journal of Criminology* (2005) ss. 582-597.

²²¹ P. B. Hayner, “Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994: A Comparative Study”, 16:4 *Human Rights Quarterly* (1994) ss. 597-655.

²²² Bkz. M. Vasallo, “Truth and Reconciliation Commissions: General Considerations and a Critical Comparison of the Commissions of Chile and El Salvador”, 33:1 *Miami Inter-American Law Review* (2002) ss. 153-182.

²²³ L. Bickford, “Unofficial Truth Projects”, 29:4 *Human Rights Quarterly* (2007) ss. 994-1035, s. 998.

hükümleri; (3) bu suçlarla ilgili andlaşmaları onaylamış çok sayıda devlet; ve (4) bu suçların faillerinin uluslararası *ad hoc* soruşturmaları ve yargılanmaları.²²⁴ Ancak zorla kaybetmelerin doğası gereği, bu standartların kaybetmelere uyarlanmasının zor olduğu söylenebilir. Sistemik ve yaygın bir uygulamanın olduğu durumda, insanlığa karşı suçlar kapsamına girecek ve bu temelde de *jus cogens* olacaktır. Böyle bir uygulamanın yokluğunda zorla kaybetmeyi teşhis etmek tanım gereği daha zor olsa ve zorla kaybetmelere ilişkin sözleşmenin henüz birkaç yıllık olduğu düşünülse dahi kıstasların yine de karşılandığı söylenebilir. Nitekim 30 ülkenin bunu onaylamış ve 90 tanesinin de imzalamış olması çok önemlidir. Ayrıca bunu, 14 devlet tarafından Nisan 2012’de onaylanan Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme, Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon ve yine Nisan 2012’de 121 devlet tarafından onaylanan Roma Statüsü ile bağlantılı olarak ele almak gerekir.

6.2. Devlet Uygulamaları Dahil Zorla Kaybetme Yasağının Jus Cogens Olduğunu İşaret Eden Gelişmeler

Zorla kaybetmenin, uluslararası bir hukuk ihlali olduğunun yaygın biçimde kabul edildiği açıktır. Zorla kaybetmelerin *jus cogens* statüsü almasının, devletlerin uygulamalarına bağlı olup olmadığı tartışılmaktadır.²²⁵ *Jus cogens*’in ne olduğunun devlet uygulamaları ve uluslararası mahkemelerin içtihatları aracılığıyla belirlenmesi gerektiği de savunulmaktadır.²²⁶

Devlet uygulamalarının belirlenmesi zorluk yaratabilir. Uygulama, devletlerin ne dediğine mi yoksa ne yaptığına mı dayanmalıdır? Devletin eylemlerine bakılırsa çok azı bu kavrama uygun olacaktır; örneğin, işkencenin *jus cogens*²²⁷ dahilinde olduğu kabul edilse de işkence uygulamaları tüm şiddetiyle devam etmektedir.²²⁸ Nitekim devlet uygulamalarının, çekimsizliğin sebebinin her zaman açıklamayan “çekimsizlik kuralları”²²⁹ temelinde gösterilmesi gerekliliği değerlendirmeyi kolaylaştırmayacaktır.

Devlet uygulaması, devletin, teamül hukukuna dair görüşlerini anlamaya imkân veren her türlü eylem ve beyandır.²³⁰ Ulusal ve uluslararası mahkeme kararları, diplomatik yazışmalar, hükümet yetkililerinin siyasi beyanları, sözleşme onayları, ulusal mevzuat ve Birleşmiş Milletler’in siyasi organları buna dahildir.²³¹ Loschin’e göre devlet uygulamasının uluslararası teamül hukukunun bir kuralı olabilmesi için şu unsurlar gerekmektedir:

²²⁴ Bassiouni, *bkz.* 216. dipnot, s.68.

²²⁵ A. M. Weisburd, “International Law and the Problem of Evil”, 34:2 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2001) ss. 225 ve 239.

²²⁶ R. Jennings ve A. Watts (der.), 1 *Oppenheim's International Law* 4, 9. basım. (Oxford University Press, 1994) s. 6.

²²⁷ Her ne kadar işkencenin *jus cogens* statüsü yaygın kabul görse de, Richard Posner ile Alan Dershowitz’in de aralarında bulunduğu önde gelen bazı düşünürler bu iddiaya karşı çıkmaktadır. *Bkz.* S. Humes-Schulz, “Limiting Sovereign Immunity in the Age of Human Rights”, 21:1 *Harvard Human Rights Journal* (2008) s. III, n. 50.

²²⁸ Hollyer ve Rosendorff, *bkz.* 68. dipnot, ss. 275-327.

²²⁹ Simma ve Alston, *bkz.* 57. dipnot.

²³⁰ M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law* (1974-1975).

²³¹ *Bkz.* J. Dugard, *International Law: A South African Perspective*, (Juta Legal and Academic Publishers, 2006) s. 28.

Öncelikle çok sayıda devlet uzun süreli ve yaygın bir şekilde uygulamaya riayet etmelidir. İkinci olarak devletler, bu uygunluğun sadece arzu edilen değil, zorunlu ve uluslararası hukuk tarafından gerekli olduğuna inanmalıdırlar.²³²

Devlet uygulamaları çeşitli biçimlerde olabilir. Bir uygulamanın genel ve tekdüze bir uygulama olduğunu tespit etmek için kapsamlı bir araştırma yapmak gerekir. Devlet uygulamasının kanıtı olan kaynaklar arasında andlaşmalar, siyasi beyanlar, mevzuat ve diplomatik yazışmalar sayılabilir. Devletin eylemi, yazılı ya da sözlü beyanıyla uyuşmadığında kaçınılmaz olarak sorunlar açığa çıkar.

Özellikle insan hakları alanında, devletlerin söylemleri ile icraatları birbirinden sıklıkla farklılık gösterir. Devlet uygulaması, *jus cogens* addedilen normun kıstası olursa bu parametreler çerçevesinde çok az şey kapsama girer. Başka bir deyişle devlet uygulaması, insan haklarının korunması hususunda devletlerden talep edileni yansıtmaz. Fakat en azından retorik bir bakış açısından devlet uygulamasının, zorla kaybetmenin *jus cogens* olduğunu işaret ettiği görülür. Uygun dille her zaman açıkça ifade edilmese de birçok ülke yasası zorla kaybetmeyle ilgili hükümler içermektedir. Birçok hükümet, insan kaçırma, keyfi gözaltı, kişileri hürriyetinden yoksun bırakma, insan ticareti ya da yetkinin kötüye kullanımı suçlarını ceza kanunlarına dahil etmenin, zorla kaybetmenin suç sayılması yükümlülüğüne uygun davranmak için yeterli olduğuna inanır. Ancak bu suçlar, farklı unsurlar içerdiği için zorla kaybetme ile aynı değildir. Bu sebeple BM Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Çalışma Grubu (WGEID) 1995 yılında bir genel yorum kabul etmiştir. Buna göre zorla kaybetmeyi yerel ceza kanunlarında ayrı bir suç olarak yasalastırma zorunluluğu,

zorla kaybetmenin meydana gelip gelmediğine bakılmaksızın tüm Devletler için geçerlidir. Hükümetlerin kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması, işkence, tehdit, ölçsüz şiddet gibi önceden var olan suçlara atıfta bulunması yeterli değildir. Bildiri'nin 4. Maddesi'ne uygunluk için bildiride şart koşulduğu üzere zorla kaybetme eyleminin kendisi ayrı bir suç olarak tanınmalıdır.²³³

WGEID ayrıca 2010 yılında "Yerel Ceza Mevzuatlarında Zorla Kaybetmeler Üzerine En İyi Uygulamalar" adında, zorla kaybetmelerle ilgili cezai süreçlerde en iyi devlet uygulamalarının altını çizdiği ve devletlere zorla kaybetmeler üzerine yeni mevzuat geliştirme konusunda tavsiyelerde bulunduğu bir çalışma yayımlamıştır.²³⁴ Uluslararası Sözleşme'nin 4. Maddesi de "Taraf Devletlerden her biri, zorla kaybetmelerin, ceza yasası çerçevesinde suç sayılmasını sağlayacak önlemleri alacaktır," demektedir.

Zorla kaybetmeye maruz kalmama hakkı, en az beş devletin anayasasında yer almaktadır.²³⁵ Çok sayıda devlet zorla kaybetme suçunu yasalarına dahil etmiştir. En az 12 devlet, zorla kaybetme suçunu her türlü örneğini dahil ederken en az 45 tanesi insanlığa karşı suçlar ile bağlantılı olanları kapsamıştır. Birçoğu ise insan kaçırma, alıkoyma gibi suçları ceza kanunlarına dahil ederek zorla kaybetmeyi suç olarak tanıdıklarına inanmaktadır. Ancak durum böyle değildir.

²³² U. C. Davis, "Persistent Objector and Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework", 2 *Journal of International Law & Policy* (1996) s. 147.

²³³ Birleşmiş Milletler Zorla ya da İrade Dışı Kaybedilmelere Dair Çalışma Grubu (UNWEID), *1995 Yıllık Raporu*, Doc. E/CN.4/1996/38, 15 Ocak 1996, para. 54. Ayrıca bkz. UNWGEID, *2008 Yıllık Raporu*, Doc. A/HRC/7/2, 10 Ocak 2008, para. 26 (zorla kaybedilmenin tanımına dair genel yorum, para. 3).

²³⁴ Zorla ya da İrade Dışı Kaybedilmelere Dair Çalışma Grubu Raporu, Yerel Ceza Mevzuatlarında Zorla Kaybetmeler Üzerine En İyi Uygulamalar, A/HRC/16/48/Add.3, 28 Aralık 2010.

²³⁵ Bolivya, Kolombiya, Ekvador, Paraguay ve Venezuela

Tersten bakacak olursak, bir devletin zorla kaybetme suçu işleme hakkının olduğunu iddia ettiği duyulmamıştır. Devlet uygulamasının böylelikle *jus cogens* normunu kabul ettiği görülür. Uluslararası insancıl hukuk bağlamında bakacak olursak zorla kaybetme yasaktır.²³⁶ Ayrıca “devlet uygulamasının bu kuralı, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilecek biçimde uluslararası teamül hukukunun bir normu olarak kurduğu” iddia edilmiştir.²³⁷

Devletler hiçbir şart altında zorla kaybetmelere izin verilemeyeceğini kabul etmiş görünse de çok azı bu konuda özel bir beyanatta bulunmuştur. Uluslararası mahkemeler zorla kaybetme yasağını açıkça tanımaktadırlar. Ancak bunun nedeni kabul ettikleri ya da yorumladıkları sözleşmelerin özel olarak zorla kaybetmelerle ilgili hükümler içermesi değildir. Çok sayıda kurum çeşitli belgelerde yer alan birçok farklı hak için böyle bir yasak yorumu getirmiştir. Nitekim bazen de çeşitli maddeleri yorumlayarak böyle bir yasak çıkarmışlardır.

Görünen o ki hiçbir devlet, en azından teorik anlamda, zorla kaybetmeye izin veren yasalara sahip değildir. Bunu uygulayan devletlerse görmezden gelerek ya da doğrudan veya dolaylı yetkiler vererek kaybetmenin vuku bulmasına izin vermişlerdir. Birçok devletin, zorla kaybetmeyi suç sayan yasaları varken birçok devlet de zorla kaybetmeleri engelleyeceği düşüncesiyle insan kaçırma gibi bir dizi eylemi yasaklayan, böylelikle zorla kaybetmeleri dolaylı olarak suç sayan yasalara sahiptir. Devletlerin zorla kaybetmeleri ağır bir suç saydıkları açık bir gerçektir. Solla'nın da ileri sürdüğü üzere, bu insan hakkı ihlalinin ciddi, aleni ve ağır niteliği genel olarak kabul edilir.²³⁸

Zorla kaybetmeleri önleme pratikleri de devlet uygulaması olarak görülebilir; BM 1970'li yılların sonundan itibaren zorla kaybetmelerle mücadelede gerekli mekanizma ve yöntem ihtiyacına karşılık vermeye çalışmıştır. 20 Aralık 1978 tarihli 90. Genel Kurul'da, kayıp kişilere ilişkin 33/173 sayılı Karar kabul edilmiştir.²³⁹ Kararda, kayıpların tüm dünyada vuku bulduğu ifade edilip BM İnsan Hakları Komisyonu'nun bu meseleyi ele alması ve gerekli tavsiyelerde bulunması gerektiği belirtilmiştir. Karar, hükümetlere seri ve tarafsız soruşturmalar yürüterek sorumluları bulmaları ve mahkûmların insan haklarına saygılı davranılmasını garanti altına almaları için çağrıda bulunur. Zorla kaybetmelerle mücadelenin önemi, BM tarafından “derin kaygı” olarak ifade edilen ve sorunu çözmeye yönelik tavsiyelerin yer aldığı BM 33/173 sayılı Karar'da görülebilir.²⁴⁰ 1979 yılında Amerikan Devletleri Örgütü tarafından “kaybetme eylemi yarım kürenin bilincine açık bir hakaret” olarak sayılmıştır.²⁴¹ Daha önce ifade edildiği gibi Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu 1983 yılında, tıpkı Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1984'te yaptığı gibi, zorla kaybetme edimini *per se* insanlığa karşı suç olarak tanımlamıştır.

BM Genel Kurulu 1992 yılında, 21 maddelik Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon'u içeren 47/133 sayılı bir karar kabul etmiştir.²⁴² Doğası itibariyle bağlayıcı olmasa da bu kararın kabul edilmesi çok önemli bir adımdır. Deklarasyon, zorla kaybetme eylemi üzerine dünyanın tepkisini yansıtan bir üsluba ve maddelere sahiptir. Deklarasyon'un, 1992'de kabul edilen önsözünde, “Bu eylemlerin sistematik olarak uygulanması insanlığa

²³⁶ Ott, *bkz.* 10. dipnot.

²³⁷ J. M. Henckaerts ve L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge University Press, 2005) s. 379.

²³⁸ Solla ve Fernanda, *bkz.* 167. dipnot, s. 30.

²³⁹ Genel Kurul, Karar 33/173, *Resolution on Disappeared Persons*, UN Doc A/Res/33/173, 20 Aralık 1978.

²⁴⁰ <www.undemocracy.com/A-RES-33-173>.

²⁴¹ Amerikan Devletleri Örgütü (OAS), AG/Res.443 (IX-0/79), para. 5.

²⁴² R. Brody, “Commentary on the Draft United Nations Declaration on the Protection of All Persons from Enforced or Involuntary Disappearances”, 8:4 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1990) s. 381.

karşı suç tabiatındadır,” diye belirtilmiştir.²⁴³ Dolayısıyla Deklarasyon zorla kaybetmelerle insanlığa karşı suçlar arasındaki ilişkiyi onaylar. Deklarasyon’un 1. Maddesi “Zorla kaybetme insanlık onuruna karşı bir suçtur... [a] İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nde yer alan, bu alandaki uluslararası belgelerle pekiştirilip geliştirilmiş insan hakları ve temel özgürlüklerin ağır ve açık ihlalidir,”²⁴⁴ şeklinde belirtilmiştir. Deklarasyon’un 1(2). Maddesi zorla kaybetme, “uluslararası hukukla güvence altına alınan kanun önünde birey olarak tanınma, bireyin güvenlik ve özgürlük hakkı ile kişinin işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye maruz kalmama hakkı gibi kuralları ihlal eder. Ayrıca yaşam hakkını ihlal eder ya da ağır tehdit teşkil eder,” der.

Deklarasyon’un²⁴⁵ 2. Maddesi’ndeki “Hiçbir devlet zorla kaybetmeyi uygulayamaz, buna izin veremez ya da bunu hoş göremez,” ifadesi zorla kaybetmeler bağlamında *jus cogens*’in önemi ve kabulü olarak okunabilir. Genel Kurul 1992’de bu suçlar için affın kesinlikle yasak olduğunu açıkça ifade etmiştir. Kişilerin Zorla Kaybedilmesi hakkındaki BM Genel Kurulu Kararı’na göre, “Zorla kaybetme suçunu işlemiş ya da işlemiş olmakla suçlanan kişiler, hiçbir özel af yasasından ya da onları cezai yaptırımdan muaf tutacak hiçbir uygulamadan yararlanamazlar”.²⁴⁶ Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon da aynı hususu dile getirir. Deklarasyon aynı zamanda bu suçun ciddiyetini ortaya koyarak devletlerin özür dilerken bu eylemin son derece ağır niteliğini göz önünde bulundurması gerektiğini ifade eder.²⁴⁷

1993 yılında düzenlenen Dünya İnsan Hakları Konferansı’nın sonuç metninin birkaç yerinde zorla kaybetmelere değinilmiştir. Konferans, “İnsan haklarından yararlanmanın önünde ciddi engeller teşkil eden ve dünyanın çeşitli yerlerinde halen devam eden toplu ve sistematik ihlalleri” kınadığını ifade edip “bu ihlal ve engellere zorla kaybetmeler dahildir,” demiştir.²⁴⁸

1994 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda zorla kaybetmelerin “uluslararası hukuk kurallarının bir ihlali” olduğu tasdik edilmiştir.²⁴⁹

1994 yılında kabul edilen ve bu zamana kadar 14 devlet tarafından onaylanmış Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme’de²⁵⁰ “Kişilerin zorla kaybedilmesi Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerika İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi ile İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nde (UDHR) yer alan çok sayıda temel ve askıya alınamaz insan hakkını ihlal etmektedir; kişilerin zorla kaybedilmesinin sistematik uygulaması insanlığa karşı suç teşkil eder,” şeklinde ifade edilmiştir.²⁵¹ Devletlerin “kişilerin zorla kaybedilmesi eylemini gerçekleştirmemesi, kaybetmelere izin vermemesi ve müsamaha göstermemesi”ni şart koşar. Yerel otoritelerin ve yetkililerin kaybetmeleri tertip etmelerini yasaklar²⁵² ve hiçbir koşulun

²⁴³ 18 Aralık 1992 tarihli Genel Kurul tarafından alınan Karar 47/133.

²⁴⁴ Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon, G.K. Kararı 47/133, 1.1, UN Doc A/Res/47/133 (18 Aralık 1992).

²⁴⁵ Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon, G.K. Kararı 47/133, BM GAOR, 47. Oturum, Supp. No. 49, Madde 2(1), 207, UN Doc A/47/49 (1992).

²⁴⁶ Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon, BMGK Kararı 47/133, UN Doc A/47/49 (1992), 18 Aralık 1992 tarihli karar, 18. Madde.

²⁴⁷ G.A. Ees. 47/133, 47 BM GAOR Supp. (No. 49) at 207, UN Doc A/47/49 (1992), Genel Kurul tarafından 18 Aralık 1992 tarihinde alınan Karar 47/133, İlke 18.

²⁴⁸ Para. 30, A/CONF.157/23,12 Temmuz 1993, İnsan Hakları Dünya Konferansı Viyana, 14-25 Haziran 1993, Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı.

²⁴⁹ Genel Kurul’un 23 Aralık 1994 tarihinde aldığı Karar 49/193, Ayrıca bkz. 12 Aralık 1996 tarihli Karar 51/94 ve 9 Aralık 1998 tarihli Karar 53/150. Daha fazla bilgi için bkz. Andreu-Guzmán, bkz. 78. dipnot, ss. 73 ve 77.

²⁵⁰ Kişilerin Zorla Kaybedilmesi Hakkında Amerikalılar Arası Sözleşme, 33 I.L.M. 1429, 1994, Madde I(a-d).

²⁵¹ Önsöz.

²⁵² 8. Madde

kaybetmelerin gerekçesi olarak kullanılamayacağını garanti altına alır.²⁵³ Amerikalılar Arası Sözleşme²⁵⁴, “zorla kaybetme teşkil eden eylemlerin, askerî vazifenin tatbiki esnasında işlendiğinin farz edilemez ve imtiyaz, dokunulmazlık ya da özel bir muafiyet olarak kabul edilemez” olduğunu temin eder.

Dünya İnsan Hakları Konferansı “Tüm devletleri zorla kaybetmeleri önlemek, sona erdirmek ve cezalandırmak için adli, idari, hukuki tüm etkin önlemleri almaya davet eder. Dünya İnsan Hakları Konferansı, bir devletin yargı yetkisi altındaki bir bölgede zorla kaybetme vakasının vuku bulduğu iddia edildiğinde, tüm devletlerin her türlü koşul altında soruşturmada bulunmak ve iddialar doğrulandığı takdirde faileri yargılamakla görevli olduğunu kabul eder”.²⁵⁵ Uluslararası Sözleşme’nin kaleme alınmasından ve yürürlüğe girmesinden 10 yıl önce, henüz 2001 yılında, Andreu “Bugün zorla kaybetmenin uluslararası bir suç olduğuna dair hiçbir şüphe yoktur ve hem uluslararası teamül hukuku hem de konvansiyonel hukuk tarafından bu şekilde tanınmıştır,” diye ifade etmiştir.²⁵⁶ Uluslararası Kızılhaç Komitesi, zorla kaybetmelerin uluslararası insancıl hukuka tezat oluşturduğunu iddia etmiştir.²⁵⁷

Jus cogens’i destekleyen bir bakış açısıyla ICED’in girişinde yer alan, “suç teşkil eden ve uluslararası hukukta belirli durumlarda insanlığa karşı suç olarak tanımlanan zorla kaybetmenin olağanüstü ciddiyeti” ifadesini not etmek önemlidir. Sözleşme’nin 7. ve 8. maddelerinde de suçun “olağanüstü ciddiyeti” ifadesi tekrarlanmıştır. Zorla kaybetmelerin “insan onuruna en temel hakaret olduğu, çünkü kişiye onun var olmadığını söylediği”²⁵⁸ belirtilmiş ve zorla kaybetme, “hukukun üstünlüğünün altını oyar ve devlet terörünün en şiddetli biçimidir,” denmiştir.²⁵⁹ Sözleşme aynı zamanda, zorla kaybetme suçunu işlemiş kişiler hakkında hukuki sürecin yürütülmesi için gerekli tüm önlemlerin devletler tarafından alınması gerektiğini de belirtmiştir.²⁶⁰ Nowak, bu çerçeveye sığan çok az suç olduğunu söyler.²⁶¹ İlkeler, insan haklarının toplu ihlallerinde yani işkence ve zorla kaybetme gibi en ciddi ihlallerde uygulanmaktadır. Başka bir deyişle, işkence yasağı bir *jus cogens* normu ise aynı normun zorla kaybetmeler için uygulanabilir olduğunu ileri sürmemek zordur. Özellikle zorla kaybetmenin bir tür işkence olduğu düşünüldüğünden durum böyledir. İnsan Hakları Komitesi de dahil birçok organın birçok kararında bu bağlantıya rastlanabilir.²⁶² WGEID, 1983 yılında, bu konudaki en eski raporlardan birinde, “Kişinin ‘kayıp’ kişi olarak ailesinden uzun süreliğine izole edilerek alıkonmasının bizzat kendisi, insani koşullarda gözaltı hakkının açıkça ihlalidir ve bir gruba yönelik işkence teşkil eder,” şeklinde ifade etmiştir.²⁶³ Solla dahil kimi hukukçular, kısmen Amerikalılar Arası Mahkeme’nin içtihatlarına dayanarak zorla kaybetmelerin *per se* işkence anlamına geldiğini iddia ederken²⁶⁴ bazı hukukçular da

²⁵³ 10. Madde

²⁵⁴ 9. Madde

²⁵⁵ Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı, A/CONF.157/2312, Temmuz 1993.

²⁵⁶ Andreu-Guzmán, *bkz.* 78. dipnot, ss. 73 ve 77.

²⁵⁷ Uluslararası Kızılhaç Komitesi, ICRC Report on the Treatment of Fourteen "High Value Detainees" in CIA Custody, 14 Şubat 2007, s. 24, <wwwTV.nybooks.com/icrc-report.pdf>; C. K. Hall, “Enforced Disappearances of Persons”, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2.basım (Otto Triffterer, 2008) ss. 221 ve 226, n. 324.

²⁵⁸ C. Bogert, İnsan Hakları izleme Örgütü Sorumlu Müdür Yardımcısı, Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon üzerine tartışma paneli, 22 Mayıs 2008.

²⁵⁹ M. R. Berman ve R. S. Clark, “State Terrorism: Disappearances”, 13 *Rutgers Law Journal* (1982) s. 531.

²⁶⁰ 6. Madde.

²⁶¹ M. Nowak, “Torture and Enforced Disappearance”, (der.) C. Krause ve M. Scheinin, *International Protection of Human Rights: A Textbook* içinde (Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2009).

²⁶² HRC, (View) 15 Temmuz 1994, *Mojica - Dominik Cumhuriyeti*, Dava No. 449/1991, para. 5(7).

²⁶³ WGEID, Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Çalışma Grubu Raporu, UN Doc E/CN.4/1983/14, 21 Ocak 1983, para. 131.

²⁶⁴ Solla ve Fernanda, *bkz.* 167. dipnot, s. 200.

Amerikalılar Arası Mahkeme'nin tüm vakalara uygulanan böyle bir kararının olmadığını öne sürmektedir.²⁶⁵ Vermeulen, zorla kaybetmenin tabiatı gereği en azından zalimce ve insanlık dışı bir muamele olduğunu söyler.²⁶⁶ Diğer taraftan zorla kaybetmenin kaybedilen kişiye olduğu kadar ailesine yönelik de bir işkence olduğu iddia edilmektedir. "Devlet uygulamaları ve mevcut literatürde, kitlesel insan hakkı ihlallerinin zaten *jus cogens* olduğu yönündeki önermeyi destekleyici bir eğilimin yükselmekte olduğu" dile getirilmektedir.²⁶⁷ Ayrıca, sözleşme ve bildirge temelli insan hakları mekanizmalarının tekdüze konumunun birçok yerde tekrarlanması, söz konusu asli normların uluslararası teamül hukukunun bir yansıması ve *jus cogens* olduklarını göstermektedir. Nowak, zorla kaybetme ve işkencenin statü ve tür olarak çok benzer olduğunu ifade eder:

[Zorla kaybetme ve işkence], insan onurunun özüne doğrudan saldırı teşkil eden en kanlı ve çirkin insan hakları ihlalleri arasında yer alır. Uluslararası hukukta, kölelik gibi kesin biçimde yasaklanmışlardır; ancak dünyanın tüm bölgelerinde yaygın biçimde uygulanırlar. İşkence ve kölelik, birçok devletin iç hukukunda Aydınlanma'ya kadar meşru iken zorla kaybetme hiçbir zaman meşru olmamıştır.²⁶⁸

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi'nin, Zorla Kaybetmeler Sözleşmesi taslağı üzerine 2005 tarihinde hazırladığı bir rapor, "zorla kaybetmeyi, işkence ile eşit düzeyde ciddi bir insan hakkı ihlali olarak kesin surette kınar".²⁶⁹ Ayrıca 2006 tarihli Zorla Kaybetme Sözleşmesi'nin, İşkence Sözleşmesi model alınarak yazılmış olması da önemlidir.²⁷⁰ Aynı bir sözleşmeye karşı epey bir direnç oluşmuş ve zorla kaybetme alanında Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye ya da İşkenceye Karşı Sözleşme'ye ek İhtiyari Protokol yapılması önerilmiş olsa da devletlerin çoğu ayrı ve yeni bir sözleşmenin bu suçla mücadelede çok önemli olduğunda anlaşmıştır.

Zorla kaybetmeler meselesine verilen önem, 2010 yılında Birleşmiş Milletler'in her yılın 30 Ağustos gününü Dünya Zorla Kaybedilenler Günü olarak anmaya karar vermesinden de anlaşılabilir. Özellikle sivil toplum yıllardır böyle bir anma gününü bekliyordu.²⁷¹

Ancak özel bir sözleşme, hatta bildiriden önce bile zorla kaybetmeler uluslararası hukukun ihlali olarak görülüyordu. Bu bağlamda zorla kaybetmenin, Evrensel Bildiri ve diğer birçok bildiri, sözleşme ve uluslararası teamül normları da dahil olmak üzere çeşitli belgelerde vücut bulmuş birden çok hakkın²⁷² bir ihlali olduğu hatırlanmalıdır.²⁷³ Bunlar arasında Cenevre Sözleşmeleri ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi de yer alır.²⁷⁴ Kaybetmeler ayrıca Tutuklulara Karşı Muamelenin Standart Asgari Kuralları, Kolluk Görevlileri Davranış Kuralları, Herhangi Bir Biçimde Tutulan ya da Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin İlkeler

²⁶⁵ M. L. Vermeulen, "Living Beyond Death': Torture or other Ill-Treatment Claims in Enforced Disappearances Cases", 1:2 *Inter-American and European Human Rights Journal* (2008) s. 166.

²⁶⁶ *a.g.e.*, s. 169.

²⁶⁷ F. R. Teson, "Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality", 2. basım (Transnational Publications, 1997) ss. 168-169.

²⁶⁸ Nowak, *bkz.* 261. dipnot, s. 151.

²⁶⁹ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, Zorla Kaybetme, Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komisyonu Raporu, Doc 10679, 19 Eylül 2005, para. 2.

²⁷⁰ Nowak, *bkz.* 261. dipnot, ss. 151 ve 181.

²⁷¹ 1983 yılında Latin America FEDEFAM'da (Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos) bir grup STK'nın koalisyonu aracılığıyla 30 Ağustos, Uluslararası Kayıplar Günü olarak ilan edilmiştir.

²⁷² *Bkz.* R. Brody ve F. Gonzales, "An Analysis of International Instruments on 'Disappearances'", 19:2 *Human Rights Quarterly* (1997) s. 365.

²⁷³ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *bkz.* 79. dipnot.

²⁷⁴ Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon, G.A. Res. 47/133, UN Doc A/Res/47/133 (18 Aralık 1992).

Bütünü'nü de ihlal eder.²⁷⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kayıplarla ilgili özel bir hüküm bulundurmeyen Avrupa Sözleşmesi'ne göre zorla kaybedilme meselesini ele alırken *Taş/Türkiye* kararında,²⁷⁶

sorumluların tespit edilip cezalandırılmalarına yönelik kapsamlı ve etkin bir soruşturma yapılmamış olması ve yakınların soruşturma sürecine etkin erişimi olmaması sebebiyle tazminat ödenmesine

karar vermiştir. Bu makale, zorla kaybetmelerle ilgilenen çok sayıda diğer kurumu gözden geçirmeyecek. Ancak örneğin, Afrika Komisyonu'nun, Afrika Bildirgesi'nde bu konuya özel bir hüküm olmadan kayıplarla ilgili *İnsan Hakları ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu/Çad* (2000)²⁷⁷ ve *Malawi Afrika Derneği ve diğerleri/Moritanya* (2000)²⁷⁸ gibi davalar da dahil olmak üzere çok sayıda davaya baktığını not etmek gerekir. Amerikalılar Arası sistemin bu konudaki içtihatları oldukça kapsamlıdır.²⁷⁹

İnsan Hakları Komisyonu 2001 yılında, "tüm insanların zorla kaybedilmeden korunması için yasal olarak bağlayıcı, normatif bir belge taslağının ayrıntılı biçimde hazırlanması için açık uçlu bir çalışma grubu"²⁸⁰ oluşturmuştur. İnsan Hakları Komisyonu'nun hazırlık niteliğindeki çalışması tamamlandıktan sonra, bu kademeli gelişmeler, 29 Haziran 2006 tarihinde İnsan Hakları Konseyi'nin uluslararası sözleşme taslağını onaylamasına yol açmıştır. 85 devletin taslak lehine oy kullanması zorla kaybetme sorununda uluslararası hukuk statüsünün kabul edilmesine işaretler. Hiçbir devlet aleyhte oy kullanmamış; ancak 89 devlet çekimser kalmıştır. Hiçbir devletin aleyhte oy kullanmamış olması, zorla kaybetmelerin uluslararası hukukta kabul edilemez olduğu hususunda geniş bir mutabakat olduğunu gözler önüne sermesi bakımından önemlidir. Arjantin temsilcisi Jorge Taiana aynı gün, Sözleşme'nin onaylanması ile insan haklarında yeni bir dönem açıldığını ifade etmiştir.²⁸¹ BM Genel Kurulu 20 Aralık 2006 tarihinde Sözleşme metnini oylamadan kabul etmiştir. Sözleşme 6 Şubat 2007'de Paris'te bir imza töreninde imzaya açılmış ve de çok sayıda ülke tarafından imzalanmıştır.²⁸² İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 10 Aralık 2008'deki 60. yıldönümüne kadar toplam 80 devlet Sözleşme'yi imzalamıştır.²⁸³ Yukarıda belirtildiği üzere,²⁸⁴ Nisan 2012'ye kadar Sözleşme'yi 32 ülke onaylamış, 91 ülke de imzalamıştır. Birçok ülke çeşitli sebeplerden onaylamamıştır ancak çoğunlukla bunun sebebi zorla kaybetmenin yasaklanmasına karşı olmaları değildir. Bu bağlamda Scovazzi ve Citroni, "Uluslararası yasal

²⁷⁵ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *bkz.* 79. dipnot.

²⁷⁶ 33 *Eur Hum Rts Rep* 15 PPHI-H3(2000)

²⁷⁷ (2000) *AHRLR* 66 (ACHPR)

²⁷⁸ (2000) *AHRLR* 149 (ACHPR).

²⁷⁹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, zorla kaybetme yasağının *jus cogens* statüsüne ulaştığına karar verdi. Mahkeme'nin bu kararları için *bkz. Goiburú/Paraguay*, 22 Eylül 2006 tarihli karar, Seri C No. 153, para. 84; *Gelman/Uruguay*, 24 Şubat 2011 tarihli karar, Seri C No. 221, para. 75. Birçok kararda, bir devletin zorla kaybetmeleri araştırmaması ve ceza vermemesinin devlet sorumluluğunun ihlali olduğuna hükmetti. Mahkeme'nin bu kararları için *bkz. Barrios Altos, Castillo Petruzzi/Peru*, 14 Mart 2001 tarihli karar; *Myrna Mack-Chang/Guatemala*, 25 Kasım 2000 tarihli karar; *Moiwana Community/Suriname*, 15 Haziran 2005 tarihli karar; *Almonacid-Arellano/Şili*, 26 Eylül 2006 tarihli karar.

²⁸⁰ W. Tayler, "Background to the elaboration of the draft international convention for the protection of all persons from forced disappearance", 62-63 *International Commission of Jurists: The Review* (Eylül 2001); Andreu-Guzmán, *bkz.* 78. dipnot, s. 73.

²⁸¹ Basın Bildirisi, İnsan Hakları Konseyi Zorla Kaybetmelerden Korunma ve Yerli Halkların İnsan Hakları Metnini Onaylıyor, BM Cenevre Bürosu (29 Haziran 2006).

²⁸² 68. Gündem Maddesi: İnsan Hakları Konseyi Raporu – Üçüncü Komitenin Raporu (A/61/448 ve Corr.2), <www.undemocracy.com/generalassembly_61/meeting_82#pg001-bk02>, (Son erişim tarihi 23 Şubat 2012).

²⁸³ Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (New York, 20 Aralık 2006), son güncelleme 1 Kasım 2008, <www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/16.htm>.

²⁸⁴ *Bkz.* makalenin 1. bölümü

belgeler, zorla kaybetme yoluna başvuranların aşağı ahlaki seviyelerinden kaynaklanan gerçekliği birdenbire değiştiremezler,” şeklinde argüman geliştirmişlerdir.²⁸⁵ Louise Arbour’un ifade ettiği gibi, “yeni bir insan hakkı sözleşmesinin oluşturulmuş olması uluslararası toplumun bu konuyu çözmek için yeterli güce sahip olduğunun işareti”dir.²⁸⁶ Ayrıca bu sözleşmenin dokuz ana insan hakları sözleşmesinden biri olması zorla kaybetmeye atfedilen önemi de göstermektedir.

Sözleşme kaleme alındığında zorla kaybetme yasağına ısrarlı itirazcı bulunmamaktadır.²⁸⁷ İsrarlı itirazcı kuralı, herhangi bir devlet bir teamül normunun oluşum aşamasında iken ona karşı çıkarsa, oluşacak bu teamül kuralının o devleti bağlamayacağı anlamına gelir. Bazı devletler zorla kaybetmelerle ilgili evrensel sözleşme konusunda direnç göstermiş olsa da bu gelişme önünde engelleyici rol oynayan bir devlet olmamıştır.²⁸⁸ Esasen tam tersi bir durum hâkimdir. Nowak’ın, 1998’de teslim edilen Sözleşme taslağı raporu için belirttiği üzere, “taslak sözleşmeye gelen yorumların çoğunluğu destekleyici ya da metne itiraz içermeyen nitelikteydi”.²⁸⁹ Sözleşme’nin olduğu haliyle çıkmasına çok az olumsuz yorum getirilmiştir.²⁹⁰ Sözleşme taslağı yazılırken Çalışma Grubu raporunda “tüm katılımcıların zorla kaybetme eyleminin menfur niteliğinde anlaştığı” ifade edilmiştir.²⁹¹ Yetmişten fazla devlet, sözleşmenin taslak yazım aşamasına katılırken hiçbiri uluslararası hukukta zorla kaybetmeleri yasaklama düşüncesine karşı çıkmamıştır. Gelen çok az itiraz da, sözleşmesel organların sürekli arttığı düşünüldüğünde yeni bir sözleşme organına ihtiyaç olup olmadığı ya da bir sözleşmenin içeriğinde neler olması ya da olmaması gerektiği gibi usule yönelik unsurlardır. İnsan Hakları Konseyi’nin ICED’i oybirliği ile onaylaması²⁹² da sözleşme fikrinde uzlaşmazlık olmadığını göstermiştir. İtiraz eden tek ülke, Sözleşme metninin sonuç kısmına kısmen katılmadığı için Amerika Birleşik Devletleri olmuştur. Uygulamaları taslak Sözleşme’ye aykırı olduğu için belgeyi kabul edemeyeceği düşünülmüştür.²⁹³ Aslında, İnsan Hakları Konseyi’nde

²⁸⁵ T. Scovazzi ve G. Citroni, *The Struggle Against Enforced Disappearances and the 2007 United Nations Convention*, (Martinus Nijhoff Publishers/Brill Academic, 2007) s. 398. Daha fazla bilgi için bkz. Uluslararası Af Örgütü v.d., *Off the Record: U.S. Responsibility for Enforced Disappearances "War on Terror"* (2007), <hrw.org/backgrounder/usa/ct0607/ct0607web.pdf> (Son erişim tarihi 23 Şubat 2012).

²⁸⁶ Louise Arbour’un konuşması, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Bizim Adımıza ve Bizi Temsilen, Chatham House, 15 Şubat 2006.

²⁸⁷ Daha fazla bilgi için bkz. T. Stein, “The Approach of a Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, 26:2 *Harvard International Law Journal* (1985) ss. 457-482; D. Colson, “How Persistent Must the Objector Be?”, 61:2 *Washington Law Review* (1986) ss. 957-970.

²⁸⁸ O. de Frouville, “The Committee on Enforced Disappearances”, (der.) P. Alston ve F. Megret, *The United Nations and Human Right: A Critical Appraisal* içinde, 2. basım (Oxford University Press, 2008) s. 3.

²⁸⁹ Manfred Nowak (kişilerin zorla ya da irade dışı kaybetmelerden korunması için mevcut uluslararası ceza ve insan hakları çerçevesini incelemekle görevli bağımsız uzman) tarafından teslim edilen rapor, 2001/46 Komisyon Kararı 11. para. gereğince, E/CN.4/2002/71, 8 Ocak 2002.

²⁹⁰ İnsan Hakları Komisyonu, *Question of enforced or involuntary disappearances*, E/CN.4/2001/69, 21 Aralık 2000.

²⁹¹ İnsan Hakları Komisyonu, E/CN.4/2003/71, 12 Şubat 2003, tüm insanların zorla kaybetmelerden korunması için yasal olarak bağlayıcı, normatif bir belge taslağını ayrıntılı biçimde hazırlamak üzere kurulan açık uçlu çalışma grubunun ilk oturum raporu, para. 16.

²⁹² İnsan Hakları Konseyi Kararı 1/1 (A/HRC/1/L.2), 29 Haziran 2006.

²⁹³ H. Hongju Koh, “Restoring America’s Human Rights Reputation”, 40:3 *Cornell International Law Journal* (2007) s. 635. daha fazla bilgi için bkz. I. Z. Khan, “The Rule of Law and the Politics of Fear: Human Rights in the Twenty First Century”, 14:1 *Buffalo Human Rights Law Review* (2008) s. 1-14; R. Brody, “Prisoners Who Disappear – Ghost Detainees of the United States”, *The International Herald Tribune*, 12/10/2004; S. Grey, *Ghost Plane – The Inside Story of the CIA’s Secret Rendition Programme*, (C. Hurst & Co & St. Martin’s Press, 2006); Birleşmiş Milletler, Terörle Mücadele Bağlamındaki Gizli Gözaltıların Küresel Uygulamalarına dair Ortak Çalışma, hazırlayan Martin Scheinin, insan haklarının ve terörle mücadele ederken temel özgürlüklerin geliştirilmesi ve korunması üzerine Özel Raportör; Manfred Nowak, İşkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezalar üzerine Özel Raportör; Shaheen Ali, Keyfi Gözaltılara ilişkin Çalışma Grubu’nun Başkan Yardımcısı ve Jeremy Sarkin, Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Çalışma Grubu Başkanı.

Sözleşme'nin onaylanması esnasında yaptığı beyanda, zorla kaybetmeleri "ciddi insan hakkı ihlalleri" olarak kabul ettiğini açıklamış ve de sözleşme fikrine itiraz etmemiştir. Sadece belli bazı maddelerdeki ifade biçimine itirazda bulunmuştur.²⁹⁴ Birleşik Devletler "suç tanımının (2. Madde), daha kesin olması ve daha açık bir kast şartı –özellikle kişiyi hukukun koruması dışına çıkarma özel kastı– içermesi halinde daha gelişmiş olacağını"²⁹⁵ belirtmiştir. Ancak daha önce ifade edildiği üzere,

bir kuralın tüm devletler tarafından emredici olarak kabul edilip tanınması gibi bir gereklilik sorunu söz konusu değildir. Büyük çoğunluğun kabul etmesi yeterli olacaktır. Bu durum şu anlama gelir, tek bir devlet yalnız bir şekilde kuralın emredici niteliğini kabul etmeyi reddettiği ya da bu devlet çok az sayıda başka devlet tarafından desteklendiği takdirde bu kuralın emredici niteliğinin bütün uluslararası toplum tarafından kabul edilip tanınmış olması bundan etkilenmeyecektir.²⁹⁶

Yeni Sözleşme'yi henüz çok sayıda devlet onaylamamış olsa da, hiçbir devlet uluslararası hukukun zorla kaybetmelere müsaade ettiği gibi bir savda bulunmamakta ya da zorla kaybetmenin yasaklanmasına itiraz etmemektedir.

ICED'in "Hiçbir devlet, kişinin zorla kaybetmeye maruz kalacağını düşündürecek güçlü gerekçelerin olduğu başka bir devlete o kişiyi geri gönderemez, o kişiyi sınır dışı edemez, teslim ya da iade edemez," şeklindeki ifadesi önemlidir.²⁹⁷ Bu durum, suçun kendisinin böyle gönderimleri yasadışı kılacak kadar ciddi olduğunu gösterir. Ayrıca Sözleşme'nin devletlerin zorla kaybetmeleri suç olarak kabul etmelerini ve bu suçu işlediği, emrettiği, tahrik ya da teşvik edip suça karıştığı düşünülen kişiler hakkında soruşturma açmalarını ve bu suçluların iade edilmesini zorunlu kılması önemlidir. Bu durum, zorla kaybetmelerin, görüldüğü yerlerde konuya uygun ve özgün adımlar gerektiren ciddi suçlar olduğunu tekrar ortaya koymaktadır.

Devletlerin bu belayla mücadelede atıfta buldukları kaynaklar açısından zorla kaybetme ve onun *jus cogens* statüsünün önemine bakılmalıdır. 20 Şubat 1980 tarihinde, İnsan Hakları Komisyonu'nun 20 sayılı Kararı'yla (XXXVI) Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Çalışma Grubu oluşturulmuştur. Zorla kaybetmelerin *jus cogens* bir bakışla ele alınmasının önemini göstermesi bakımından bu oluşum, küresel düzeyde meydana gelen, belli bir insan hakkı ihlali ile mücadele için Birleşmiş Milletler insan hakları sistemi çerçevesinde oluşturulan ilk özel tematik prosedürdür. Özgün bazı durumlarla mücadele etmek için daha önce kurulmuş olan çalışma grupları belirli bir ülke ya da bölge özelinde çalışmıştır. WGEID'yi oluşturan Karar, bu grubu bir yıllık bir süre için "kişilerin zorla ya da irade dışı kaybedilmeleriyle ilgili meseleleri küresel düzeyde araştırmak üzere"²⁹⁸ kurmuştur. Grubun yetkisi Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 1986 yılına kadar yıllık, daha sonrasında iki yıllık olmak üzere yenilenmiştir. 1992'den beri bu yetki üç yıllığına yenilenmektedir.

WGEID'nin temel görevi kayıpların akıbetini ve nerede olduklarını ortaya çıkarmaya çalışarak kayıp yakınlarına danışmanlık yapmaktır. 1980 yılından bu yana toplam 53 bin vakadan 10 bini aydınlatılabilmektedir. Hukukun koruma kapsamından çıkarılmış kayıp kişilerin yerlerini

²⁹⁴ İnsan Hakları Konseyi oturumu sırasında Sözleşme'nin kabulünden önce ABD'nin müdahalesi.

²⁹⁵ Cenevre'deki Birleşmiş Milletler Nezdinde Amerika Birleşik Devletleri Temsilciliği, Basın Bildirisi, *U.S. Statement on the Draft Convention on Enforced Disappearances*, (27 Haziran 2006).

²⁹⁶ Antlaşmalar Hukuku üzerine BM Konferansı I, s. 472.

²⁹⁷ G.A. Karar 61/177, Madde 16(1), UN Doc A/RES/61/177 (12 Ocak 2007).

²⁹⁸ Yetki: Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Çalışma Grubu, <www2.ohchr.org/english/issues/disappear/index.htm>.

belirlemek amacıyla bireysel vakaların soruşturulduğundan emin olmak için ilgili hükümetler ve aileler arasında iletişim kanalları kurmaya çalışmaktadır. Birey ya da devlet sorumluluğunu tesis etmek ya da devlet dışı aktörlerle ilgilenmek işlevleri arasında değildir. WGEID 2012 yılına kadar uluslararası silahlı çatışma vakalarına bakmamıştır. Ancak şu an hem uluslararası hem de iç silahlı çatışmalarda vuku bulan zorla kaybetmelerle de ilgilenmektedir.

1992 yılından bu yana, WGEID devletlerin Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon'dan doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini izlemeyi ve uygulamaya geçme konusunda devletlere danışmanlık sağlamayı da görevleri arasına katmıştır. Bu görev, WGEID ziyaretçisi ve tavsiyecisi devletler tarafından desteklenir. WGEID'nin incelediği 80'e yakın devlet arasından 2009 yılında yalnızca Burundi, Gine, İsrail, Mozambik, Namibya, Seyşeller ve Doğu Timor ve Filistin Yönetimi Çalışma Grubu'nun iletişim çabalarına hiçbir cevap vermemiştir.²⁹⁹ Deklarasyon'un doğası gereği bağlayıcı olmadığı görülse de, kayıpların yaşandığı devletler genelde WGEID'yi ve Deklarasyon'u kabul edip tanımaktadırlar. Ancak İnsan Hakları Komisyonu, Çalışma Grubu'nu, devletlerin 1992 Deklarasyonu'ndan doğan yükümlülüklerine dair gelişimini izlemek için görevlendirmiştir.³⁰⁰ WGEID ancak ortada bir yükümlülük varsa yükümlülükleri izleyebilir.³⁰¹ Diğer bir deyişle, izlenebilir olan ve izlenmesi gerekenler bildirideki haklardır. Genel Kurul, zorla kaybetme eylemlerinin ciddiyet düzeyleri ya da türleri arasında bir ayırım gözetmemiştir ancak, "kişilerin tüm zorla kaybedilme eylemlerini çok ciddi bir suç olarak niteleyecek, bunları önlemek ve cezalandırmak üzere komisyonun önüne standartlar koyacak bir belgenin"³⁰² düzenlenmesinin önemini vurgulamıştır.

Deklarasyon'un bağlayıcı olmayan hukuk içinde yer aldığı savunulsa da UDHR gibi, Deklarasyon'un da statüsü sağlamdır. Ancak belirtildiği üzere Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon "güçlü yorumsal değerlere sahiptir ya da BM Genel Kurulu oybirliğiyle kabul ettiği için *opinio juris* oluşturur".³⁰³ Solla, oybirliğiyle alınan kararın "uluslararası teamül hukukunun ortaya çıkması"na yol açtığını savunur.³⁰⁴

Lauterpacht 1950'de UDHR'nin Deklarasyon'a uyarlanma vaktinin gelmiş olabileceğini ifade etmişti: "Deklarasyonun kendisi hukuki yükümlülükler içeren yasal bir belge olmasa da, Birleşmiş Milletler'e Üye Devletleri bağlayan ve yükümlülük teşkil eden 'insan hakları ve temel özgürlükler'in otoriter bir yorumunu ihtiva etmesi sebebiyle aynı değerde olduğu söylenebilir ve söylenmiştir".³⁰⁵ Bu ifade UDHR'nin taslağından sadece iki yıl sonra dile getirildi. Şu an ise UDHR yaygın biçimde uluslararası teamül hukuku olarak kabul ediliyor.³⁰⁶ Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon'un kabul edilmesinden 20 yıl sonra bugün bu belgenin tanınma düzeyi oldukça yüksek. UDHR'yi tarif eden cümlelerin Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına Dair Deklarasyon'a da uyarlanabileceği iddia edilebilir ve Deklarasyon bir noktada, henüz olmasa da, uluslararası teamül hukuku içinde yer alabilir.

²⁹⁹ UN Doc A/HRG/10/9, 1, 5 Ocak 2009), <daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/10/9/Add.1&Lang=E>.

³⁰⁰ Solla ve Fernanda, *bkz.*: 167. dipnot, s. 10.

³⁰¹ *a.g.e.*

³⁰² Karar 47/133, 18 Aralık 1992.

³⁰³ Solla ve Fernanda, *bkz.* 167. dipnot, s. 10.

³⁰⁴ *a.g.e.*

³⁰⁵ H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, (Praeger, 1950).

³⁰⁶ *Örneğin bkz.* K. R. Gronin-Furman, "60 Years of the Universal Declaration of Human Rights: Towards an Individual Responsibility to Protect", 25:1 *American University International Law Review* (2009) s. 175-198.

7. Sonuç

Zorla kaybetmelerin modern zamanlardaki vahşeti, zorla kaybetmeleri suç ilan etmeye ve yasaklamaya yönelik bir sürece yol açan uluslararası bir hareketi tetiklemiştir. Zorla kaybetmeler bugün uluslararası teamül hukuku, anlaşmalar ve içtihatlar çerçevesinde hukuka aykırı eylem ve uluslararası suç olarak tanınmaktadır: Zorla kaybetme doğasındaki süreklilik karma suç niteliği ve mağdurların çokluğu sebebiyle *sui generis* bir rejimi gerektirir ve *per se* çeşitli insan haklarının ihlalini oluşturur.

Açıklık, tutarlılık ve zamanın ihtiyaçları gereği, uluslararası hukukta *jus cogens* kavramına ihtiyaç olduğu ve sınırlı sayıda normun *jus cogens* statüsüne sahip olduğu yönünde genel bir mutabakat olduğu açıktır.³⁰⁷ Ancak hangi normların *jus cogens* kapsamına girdiği hususunda neredeyse hiçbir anlaşma söz konusu değildir.³⁰⁸ Birçoğu zorla kaybetme yasağını *jus cogens* normuna dahil ederken bazıları dahil etmemektedir; bu sebeple hangi eylemlerin *jus cogens* kapsamına gireceği tartışma konusudur. Fakat zorla kaybetme yasağının ve zorla kaybetmelerin soruşturulup cezalandırılması yükümlülüğünün şu an *jus cogens* statüsüne eriştiği açıktır. Zorla kaybetme yasağı evrensel düzeyde emredici norm olarak kabul edilirse ciddi yasal sonuçlara sahip olmalıdır.³⁰⁹ Ancak "*jus cogens* doktrininin öneminin, pratik uygulamada değil uluslararası yasal süreçteki sembolik öneminde yattığı"³¹⁰ da iddia edilmiştir. Uluslararası toplumun tüm üyelerine ve üzerlerinde otorite kurdukları bireylere, bu yasağın kesin olduğu ve yasaktan sapılamayacağı bildirilir. Tüm devletlerin zorla kaybetmelerin sorumlularını istisnasız biçimde soruşturma, yargılama ve yaptırıma tabi tutma yükümlülüğü altında oldukları belirtilir. Zorla kaybetme yasağının emredici doğasının başka bir sonucu da, tüm devletlerin zorla kaybetmeyi kendi ceza kanunlarında yazılı hale getirme zorunluluklarıdır. Dolayısıyla *jus cogens*, cezasızlığı önlemede önemli bir rol oynayabilir.³¹¹ Cezasızlık, küresel düzeyde kayıplarla ilgili mühim bir sorundur. Bu durum uluslararası, bölgesel, alt-bölgesel ve yerel düzeylerde mahkemelerce kabul edilmiş olsaydı çok faydalı olabilirdi. Büyük sorun teşkil eden, devletlerin dokunulmazlığı hususunun da üstesinden gelinmiş olurdu. İhlallerin yaşandığı devletlerde ve üçüncü devletlerde çok daha fazla dava yerel düzeyde ele alınabilmiş olurdu. Ayrıca, *jus cogens* normunun kabulü meseleyi daha da öne çıkaracaktır. Meselenin bu düzeyde tanınması sembolik anlamda önemli olacaktır.³¹² *Jus cogens* olarak tanınması, devletlerin bu eylemi önlemek ve ortadan kaldırmak için daha çok adım atmalarını sağlayabilir.³¹³ Dünyanın farklı yerlerinde bu konuyla mücadelede kullanılacak yeni bir araç sağlayacaktır. Günümüzde önemli insan hakları meselelerinden biri olarak görülen bu konunun daha da önem kazanmasına vesile olacaktır. Zorla kaybetmelerin uluslararası hukuktaki konumu açıklık kazanacak ve bu suç, haklı olarak en çirkin suçlardan biri olarak görülecektir. Bu suçun, hiçbir koşul altında izin verilmeyen

³⁰⁷ Davidsson, *bkz.* 100. dipnot.

³⁰⁸ Stephens, *bkz.* 23. dipnot, ss. 245 ve 252.

³⁰⁹ *Jus cogens* olarak belirlenimin sonuçları için *bkz.* D. Seiderman, *Hierarchy in International Law. The Human Rights Dimension* (Intersentia, 2001) s. 58.

³¹⁰ Charlesworth ve Chinkin, *bkz.*: 187. dipnot, ss. 63-66.

³¹¹ *Savcılık/Furundzija*, 10 Aralık 1998 tarihli karar, IT-95-17/I-T, para. 155; *Savcılık/Morris Kallon & Brimma Bazzy Kamara*, SCSL-2004-15-AR72(E) ve SCSL- 2004-16-AR72(E), 13 Mart 2004 tarihli karar, para. 71; *Savcılık/Augustine Gbao davası*, SCSL- 2003-01-1, 31 Mayıs 2004 tarihli karar, para. 9. Orakhelashvili, *bkz.* 36. dipnot. E. A. Nadelman, "Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society", 44:4 *International Organization* (1990) ss. 479-526, normların davranışları etkilediğini savunmuştur. M. J. Gilligan ve N. H. Nesbitt, "Do Norms Reduce Torture?", 38.2 *Journal of Legal Studies* (2009) ss. 445-470, bu açıdan normların çok az rol oynadığını savunmuştur.

³¹² *Jus cogens*'in sembolik rolü üzerine genel olarak *bkz.* Charlesworth ve Chinkin, *bkz.* 187. dipnot, s. 66.

³¹³ Önleme üzerine genel olarak *bkz.* B. G. Ramcharan, *Conflict Prevention in Practice* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005); ve M. A. Bellis v.d. *Preventing and Reducing Armed Violence: What Works?*, United Nations Programme of Action, Nisan 2010, Online erişim adresi: <www.poa-iss.org/kit/2010_What-works.pdf>.

soykırım ve işkence ile aynı düzeyde olduğu net bir biçimde ortaya konulmalıdır. En ciddi ihlallerden biri olarak belirlenmesi gerekmektedir.³¹⁴

³¹⁴ Nowak, *bkz.* 289. dipnot.